



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**UM ESTUDO DA NOVA CLÁUSULA GERAL ANTI-ABUSO DO
DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-ECONÓMICAS

AUTOR
RALUCA TABITA GHIURCO

PROFESSOR ORIENTADOR
PROF. DOUTORA ANA PAULA VALLE-FRIAS MADUREIRA
PIEIDADE DOURADO

2016

Dedicada ao Luís e aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A realização da presente tese reúne o contributo, direto ou indireto, de várias pessoas e instituições, e contou com importantes incetivos, sem os quais não se teria tornado uma realidade e aos quais estarei eternamente grata.

À minha família e em especial aos meus pais, pelo incansável apoio ao longo do processo académico, por todo o tempo e atenção que me dedicaram, pela paciência, confiança e amor sem reservas. Por acreditarem tanto em mim, quero partilhar convosco a alegria de conseguir vencer continuamente. Uma palavra de reconhecimento muito especial para eles, pelo amor incondicional e pela forma como ao longo de todos estes anos, tão bem, souberam ajudar-me.

Ao Luís, ouvinte atento de algumas dúvidas, inquietações, desânimos e sucessos, pelo apoio, pela confiança e pela valorização sempre tão entusiasta do meu trabalho, dando-me, desta forma, coragem para ultrapassar a culpa pelo tempo que a cada dia lhe subtraía. Pela tua paciência incomensurável e pelo acompanhamento constante nas horas de investigação, por poder sempre contar contigo e por ter a consciência de que este trabalho não teria sido o mesmo sem o teu contributo, partilho contigo este sucesso.

Aos meus colegas e amigos, pelo companheirismo, pela força, pelo apoio e compreensão inestimáveis, pelos diversos sacrifícios suportados e pelo constante encorajamento. Saibam que esta tese tem um pouco de todos vocês.

Aos funcionários da Biblioteca da FDUL, do CEJ e do CEF, pela ajuda técnica personalizada nas inúmeras pesquisas efetuadas e pelo incansável sorriso.

À minha orientadora, Professora Doutora Ana Paula Dourado, por poder sempre contar com o seu entusiasmo contagiante, com a sua alegria e com a sua palavra amiga, de reconhecimento e de incentivo a cada momento. O apoio, a disponibilidade manifestada e a confiança depositada contribuíram decisivamente para que este trabalho tenha chegado a bom termo. Agradeço, ainda, o apoio e os incentivos constantes ao longo de todo o Mestrado.

Obrigada por tudo!

SUMÁRIO

A presente tese, intitulada “Um Estudo da Nova Cláusula Anti-abuso do Direito da União Europeia” reporta-se à análise da medida mais recente adotada pelas instituições da União, em matéria de tributação direta, como forma de combate ao abuso e ao planeamento fiscal agressivo, e que se traduziu na alteração do artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas.

Como primeiro patamar de análise, o estudo aborda as medidas tomadas pela União Europeia e pela OCDE no combate à dupla não tributação, bem como as ferramentas que as autoridades tributárias dos Estados-membros da UE têm, hoje, a seu dispor para eliminar ou reduzir o abuso nas situações de distribuição de dividendos.

Adicionalmente, este estudo procura refletir sobre a aplicação, pelos Estados-membros, dos padrões emanados da jurisprudência do TJUE, designadamente os respeitantes ao ónus de prova das autoridades internas no que respeita os elementos que legitimam a aplicação de normas anti-abuso.

A Autora faz um enquadramento do regime da Diretiva mães-afiliadas, no que respeita aos seus âmbitos de aplicação e às suas finalidades, seguido da análise da nova norma geral anti-abuso, propriamente dita, nomeadamente da sua natureza jurídica, dos valores subjacentes à cláusula, dos seus antecedentes e do seu enquadramento à luz dos valores da União. Em sede do escrutínio dos elementos da norma, a Autora procura determinar as condições e as consequências da sua aplicação e o seu impacto nos ordenamentos jurídicos internos e no direito da UE. Nesta sede, procede-se a um confronto dos termos “razões económicas válidas” (adotado na cláusula anti-abuso) e “expedientes totalmente artificiais” associado, pelo TJUE, à artificialidade da transação.

Finalizado o enquadramento da norma, a Autora aborda a sua estrutura à luz da Recomendação da Comissão, e procede a uma análise da implementação da norma pelos Estados-membros da UE e, em especial, por parte de Portugal. Neste âmbito, a Autora discute a lealdade do legislador português ao texto da norma anti-abuso, finalizando com algumas notas relativas ao previsível impacto no ordenamento jurídico interno.

ABSTRACT

The present thesis, entitled “A Study of the European Union Laws’ New Anti-abuse Clause”, refers to the analysis of the most recent measure adopted by the Unions’ Institutions, regarding direct taxation, as a means of fighting abuse and aggressive tax planning, resulting in the amendment of article 1(2) of the Parent-Subsidiary Directive.

As a first level of analysis, this study addresses the actions taken by both the European Union and the OECD in fighting the double non-taxation as well as the tools that the Member-States tax authorities have, presently, at their disposal to eliminate or reduce the risk of abuse in dividends distribution cases.

Additionally, the present study aims to think over the application, by the Member-States, of the standards emanated by the ECJ case-law, namely those concerning the internal authorities’ burden of proof with regard to the elements that legitimize the application of anti-abuse provisions.

The Author provides a framework of the Parent-Subsidiary Directive’s regime, concerning its field of application and its purposes, followed by the analysis of the new general anti-abuse clause itself, namely of its legal nature, of its underlying values, its history and its framework in light of the Unions’ standards. In terms of the clauses’ elements scrutiny, the Author aims to determine the conditions and the consequences of its application and its impact on both domestic legal systems and EU law. In this context, it is performed a confrontation of the terms “valid commercial reasons” (adopted in the anti-abuse clause) and “artificial arrangements” related, by the ECJ, to transaction’s artificiality.

Finalizing the provision’s framework, the Author addresses its structure in the light of the Commission’s Recommendation, and proceeds to the analysis of the provision’s implementation by the EU Member-States and, especially, by Portugal. Regarding this subject, the Author discusses the Portuguese legislator’s loyalty to the anti-abuse provisions’ text, ending with some notes regarding to the predictable impact on the domestic legal system.

ÍNDICE

METODOLOGIA	4
LISTA DE ABREVIATURAS.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
1. Enquadramento.....	8
2. Objetivo da Tese.....	9
3. Estrutura	11
CAPÍTULO PRIMEIRO	13
1. Importância da Luta Contra o Abuso	13
2. Ações do Direito da União Europeia e do Direito Internacional no Combate ao Abuso.....	16
3. Importância das Normas Anti-abuso de Caráter Geral.....	22
3.1. A Nova Dimensão do Abuso	22
3.2. O Fenómeno da Dupla não Tributação na UE	26
3.3. O Fenómeno da Dupla não Tributação na OCDE	29
3.4. Meios das Administrações Fiscais no Combate ao Abuso na Distribuição de Dividendos ..	30
3.5. As Recentes Medidas Europeias de Combate à Dupla não Tributação	32
3.6. Coerência do Direito da União Europeia nas Diretivas de Tributação Direta	38
CAPÍTULO SEGUNDO	42
1. As Três Cláusulas Gerais Anti-abuso dos Diplomas de Tributação Direta	42
2. Aplicação pelo Tribunal de Justiça do Princípio Geral Anti-abuso.....	45
3. Dificuldades na Adoção pelos Estados-membros dos Valores Resultantes da Jurisprudência Anti-abuso do TJUE	48
4. Perspetivas Europeias e Internacionais para os Próximos Anos.....	53
CAPÍTULO TERCEIRO	56
1. Notas Preliminares	56
2. Âmbitos de Aplicação da Diretiva Mães-afiliadas	58
2.1. Âmbito Subjetivo.....	58
2.1.1. Estatuto de Sociedade Mãe e de Sociedade Afiliada	59
2.2. Âmbito Objetivo	62
3. O Sistema de Eliminação da Dupla Tributação Internacional Económica	64
3.1. Dividendos <i>Inbound</i>	64
3.2. Dividendos <i>Outbound</i>	66
4. O <i>Outro</i> Escopo da Diretiva Mães-afiliadas.....	68
CAPÍTULO QUARTO.....	71
1. Enquadramento Geral.....	71
2. Natureza Jurídica da <i>Nova</i> Norma Anti-abuso	75
3. Antecedentes da <i>Nova</i> Cláusula Geral Anti-abuso do Direito da UE.....	76
4. Diretrizes Subjacentes à <i>Nova</i> Cláusula Geral Anti-abuso da UE.....	80
5. Enquadramento da Norma Anti-abuso Comum à Luz dos Valores da União	82

6.	Análise dos Elementos da Norma Geral Anti-Abuso	84
6.1.	A Transação	85
6.1.1.	Transação Totalmente Artificial vs. Transação Parcialmente Não Genuína	86
6.2.	O Elemento Subjetivo	90
6.3.	O Elemento Objetivo	94
6.3.1.	Frustração do Objeto ou Fim da Diretiva Mães-afiliadas	96
7.	As Consequências Legais da Aplicação da Norma Geral	98
8.	O Que Traz de Novo a Recente Cláusula Geral Anti-abuso da Diretiva Mães-afiliadas?	99
CAPÍTULO QUINTO		101
1.	A Proposta da Comissão de Alteração à Diretiva Mães-afiliadas	101
1.1.	A Recomendação da Comissão C(2012) 8806	101
1.2.	Apreciação Comparativa	104
2.	Análise da Norma Geral Anti-Abuso Proposta Pela Comissão	105
2.1.	Objetivos Subjacentes à Recomendação da Comissão C(2012) 8806	105
2.2.	Análise Comparativa	106
3.	Conclusões Preliminares	107
CAPÍTULO SEXTO		109
1.	Aspetos Introdutórios	109
2.	Efeito Direto da <i>Nova</i> Cláusula Geral Anti-abuso?	109
2.1.	Análise Comparativa – Intervenção do Estado-membro	112
3.	Os Termos da Transposição da Cláusula Geral Anti-abuso Pelos Estados	114
3.1.	Quais as Implicações da Transposição Para os Contribuintes?	116
4.	Soberania dos Estados-membros na Implementação da Medida	117
5.	A Cláusula Geral Anti-abuso Enquanto Norma de Distribuição de Competências	119
6.	Medidas Internas de Implementação da Cláusula	120
7.	Reações de Alguns Estados à Cláusula Geral Anti-abuso da Diretiva Mães-afiliadas	122
7.1.	A Posição de Alguns Estados-membros da UE Relativamente à <i>Nova</i> Cláusula	122
7.2.	A Cláusula Geral Anti-abuso Proposta por Luxemburgo	126
7.3.	Guias na Implementação Pelos Estados-membros da Cláusula Geral Anti-abuso	127
CAPÍTULO SÉTIMO		130
1.	Enquadramento do Anterior Regime Português	130
2.	Algumas Notas Relativamente ao Atual Regime Português	133
2.1.	As Alterações Mais Recentes	133
2.2.	O Regime Aplicável à Distribuição de Dividendos em Portugal	135
2.3.	A Proposta de Lei n.º 7/XIII/1. ^a (GOV)	138
3.	O Ónus de Prova da Motivação Preponderante	141
4.	O Sentido de Oportunidade na Transposição da <i>Nova</i> Norma de Direito da UE	142
5.	Interação Com as Normas Internas	146
6.	O Previsível Impacto da <i>Nova</i> Cláusula Anti-abuso do Direito da UE no Regime Jurídico Português	148

CAPÍTULO OITAVO	152
1. A <i>Nova</i> Cláusula Geral Anti-abuso da UE Enquanto Mecanismo de Luta Contra o “Directive Shopping”	152
1.1. A Experiência Internacional	153
1.2. A Experiência Europeia	154
1.3. Solução Proposta	156
2. Inspiração da Cláusula Geral Anti-abuso Numa Iniciativa Internacional?	158
2.1. Fragilidades da Cláusula Geral Anti-abuso Proposta Pela OCDE	161
3. A Negação dos Benefícios da Diretiva Mães-afiliadas Através da Aplicação de Normas Anti-abuso Domésticas	163
4. É a <i>Nova</i> Norma Geral Anti-abuso do Direito da UE Inovadora?	164
4.1. Objetivo da Norma Geral	164
4.2. A Recente Cláusula Anti-abuso no Direito da UE de Hoje	165
CONCLUSÕES	170
BIBLIOGRAFIA	178
OUTROS DOCUMENTOS	184
JURISPRUDÊNCIA DO TJUE EM MATÉRIA DE TRIBUTAÇÃO DIRETA	188
JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAIS PORTUGUESES	190

METODOLOGIA

Por uma questão de simplicidade e de praticabilidade, será feita uma breve referência às regras seguidas pela Autora nas citações bibliográficas do presente estudo. As próximas páginas serão marcadas pela seguinte metodologia adotada na citação de livros, de artigos, da jurisprudência e de legislação, nacional, europeia ou internacional.

Ao longo do trabalho, as menções nas *Notas de Rodapé* serão redigidas da seguinte forma:

[Livros] Nome do autor, *título do livro*, editora, ano/data, páginas relevantes (se aplicável)

[Obra coletiva] Nome do autor, *título do artigo/capítulo*, nome dos coordenadores, nome do livro, editora, ano/data, páginas relevantes (se aplicável)

[Artigos] Nome do autor, *título do artigo*, revista da publicação (se aplicável), volume (se aplicável), número (se aplicável), editora, ano/data, páginas relevantes (se aplicável)

[Acórdãos nacionais] Tribunal, relator, processo, parágrafos relevantes (se aplicável)

[Acórdãos do TJUE] *Nome das partes*, processo, parágrafos relevantes (se aplicável)

Uma referência completa aos livros, artigos, jurisprudência e documentos legais, incluindo a menção à Editora, ao Volume e à Edição do Livro (se aplicável), pode ser encontrada na *Bibliográfica* da seguinte forma:

[Livros] Nome do autor, *título do livro*, editora (se aplicável), ano/data, páginas relevantes (se aplicável)

[Obra coletiva] Nome do autor, *título do artigo/capítulo*, nome dos coordenadores, nome do livro, editora, ano/data, páginas relevantes (se aplicável)

[Artigos] Nome do autor, *título do artigo*, revista da publicação (se aplicável), volume, número (se aplicável), ano/data

[Acórdãos nacionais] Data, processo, tribunal, relator

[Acórdãos do TJUE] Data, processo, nome das partes

As referências são feitas de acordo com a ordem alfabética, considerando o nome do Autor. Na eventualidade de ser feita menção a mais de uma obra do mesmo Autor, a listagem é feita de acordo com a ordem alfabética, considerando nome do artigo ou do livro publicado em causa.

As menções à jurisprudência ou à legislação é feita numa lógica cronológica crescente (da mais antiga à mais antiga).

LISTA DE ABREVIATURAS

Convenção para evitar a dupla tributação – “**CDT**”

Base Erosion and Profit Shifting – “**BEPS**”

Baseado em conhecimento, observação, análise, sendo fundamentalmente objetivo e factual – “***Ex post***”

Baseado em suposição e prognóstico, sendo fundamentalmente subjetivo e estimativo – “***Ex ante***”

Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas – “**Código do IRC**”

Com as mesmas palavras – “***Ipsis verbis***”

Comissão Europeia – “**Comissão**”

Common Consolidated Corporate Tax Base – “**CCCTB**”

Conselho da União Europeia – “**Conselho**”

Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros – “**ECOFIN**”

Convenção Modelo da OCDE – “**CM-OCDE**”

Coordenador(es) – “**Coord.**”

Desde o princípio – “***Ab initio***”

Diretiva 2015/121/UE de 27 de janeiro de 2015, que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes – “**Diretiva 2015/121**”

Diretiva 2011/96/UE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes – “**Diretiva mães-afiliadas**” ou “**Diretiva**”

Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro de 2009 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações

entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro – “**Diretiva fusões, cisões**”

Diretiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes – “**Diretiva juros e royalties**”

Espaço Económico Europeu – “**EEE**”

Id est (isto é) – “**i.e.**”

International Bureau of Fiscal Documentation – “**IBFD**”

Lei Geral Tributária – “**LGT**”

Limitation-on-benefits clause – “**LOB**”

Literalmente – “***Ad litteram***”

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – “**OCDE**”

Pelo próprio facto – “***Ipsa facto***”

Por exemplo – “**p.e.**”

Por si só – “***De per se***”

Posterior – “***A posteriori***”

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – “**TFUE**”

Tribunal de Justiça da União Europeia – “**TJUE**” ou “**Tribunal de Justiça**”

Verificar – “***Vide***”

INTRODUÇÃO

1. Enquadramento

O primeiro momento em que a União Europeia se manifestou contra os comportamentos abusivos materializou-se num ato do Conselho, de 1975, que trouxe à colação o princípio da justiça fiscal cuja “integridade” teria sido posta em causa pelos comportamentos fiscais abusivos e pelas práticas evasivas de erosão da base tributável dos Estados-membros da União Europeia¹.

Nos largos anos da sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça desenvolveu o conceito de abuso, operando hoje como princípio (geral²) que rege a interpretação do direito da União³. É este o princípio da proibição do abuso.

O conceito de abuso evoluiu para um conceito único, qualificação esta justificada pela ausência de hierarquia das normas nacionais da perspetiva da sua compatibilidade com o direito da União Europeia⁴. O entendimento contrário levaria a que fossem construídos princípios de segundo nível ou critérios orientadores diferentes aplicáveis numa base casuística. Desta forma, evita-se o risco de que os ajustes resultantes de uma aplicação equilibrada de vários princípios legais europeus levem a resultados opostos⁵.

O princípio de proibição de abuso (ou o princípio anti-abuso) viu a sua aplicação prática “revolucionada” pelo Tribunal de Justiça, nos seus acórdãos *Halifax*⁶ (em

¹ Conselho da União Europeia, Council Resolution on the measures to be taken by the Community in order to combat international tax evasion and avoidance, 10 February 1975.

² Em sentido contrário, Luc de Broe considera difícil encontrar um princípio geral de abuso no direito da União Europeia, em matéria de tributação direta, uma vez que é difícil ver como, numa matéria em que os Estados-membros retiveram a sua soberania, [os Estados] terão a obrigação de combater o abuso, em Luc de Broe – *International tax planning and prevention of abuse under domestic tax law, tax treaties and EC law*, IBFD, 2008, p. 611.

³ Luc de Broe – *idem*, p. 588.

⁴ Ana Paula Dourado – *A single principle of abuse in EU Law: A methodological approach to rejecting a different concept of abuse in personal taxation*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), *Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law?* Hart Publishing, 2011, p. 476; Ana Paula Dourado – *Lições de direito fiscal europeu: Tributação direta*, Coimbra, 1ª Edição, 2010, p. 128.

⁵ Ana Paula Dourado – *A single principle of abuse in EU Law: A methodological approach to rejecting a different concept of abuse in personal taxation*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), *Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law?* Hart Publishing, 2011, p. 469.

⁶ *Halifax*, Processo C-255/02.

matéria de tributação indireta) e Cadbury Schweppes⁷ (relativo à tributação direta), no que respeita ao grau de harmonização da tributação direta.

Não obstante este contributo de extrema importância, as discussões acerca do abuso continuam a merecer a atenção da doutrina e dos críticos, que se questionam acerca da coerência e consistência do Tribunal de Justiça no que toca à questão de saber se o teste aplicado pelo digníssimo tribunal para determinar as práticas abusivas é igual, independentemente de, por um lado, se tratar de uma situação subsumível ao domínio da tributação direta ou da tributação indireta (v.g., ao imposto sobre o valor acrescentado) ou, por outro lado, ser uma situação de direito primário ou um caso de direito secundário da União Europeia.

2. Objetivo da Tese

Não obstante os últimos dois anos não representarem uma inovação no que respeita aos *temas quadro* da discussão europeia e internacional, os anos de 2014 e 2015 foram marcados pela adoção de medidas importantes que há muito tinham sido perspectivadas.

Atenta a panorâmica europeia e internacional atual, bem como os acontecimentos dos últimos anos, as instituições europeias e as organizações internacionais continuam a focar a sua atenção em questões como o abuso, a evasão e a fraude fiscal. Todavia, o período 2012 - 2015 representa um marco para o direito fiscal português, europeu e internacional. Num espaço de tempo relativamente curto, a OCDE e a União Europeia “competiram” ferozmente numa “luta de influências” através da aprovação e adoção de medidas de luta contra os fenómenos de abuso (ou, para quem assim o entenda, de planeamento fiscal agressivo) e de fraude fiscal.

Todavia, a presente tese será limitada à análise da recente cláusula geral anti-abuso aprovada pelo Conselho no dia 27 de janeiro de 2015, no âmbito da Diretiva mães-afiliadas. Através da Diretiva 2015/121 que alterou a Diretiva mães-

⁷Cadbury Schweppes, Processo C-196/04.

afiliadas⁸, foi introduzida uma norma de caráter geral na Diretiva mães-afiliadas⁹. Esta norma, não obstante ser desejada e oportuna, atentas as circunstâncias de aproveitamento fiscal ilegítimo praticadas globalmente, ao mesmo tempo que exprimir a vontade da União Europeia de combater o fenómeno de abuso através de medidas concretas, traz um mar de incertezas e falta de transparência no que respeita a sua interpretação e aplicação prática.

O objetivo visado é, por isso, escrutinar o escopo desta norma, partindo da sua letra e chegando à sua teleologia, numa lógica sistemática com as restantes medidas equivalentes adotadas pela União no âmbito da tributação direta e pela OCDE. Como parte deste processo, analisar-se-ão as propostas iniciais da Comissão que influenciaram, em muito, a presente redação desta norma de luta contra os abusos na distribuição de dividendos.

Serão deixadas, igualmente, algumas notas sobre os guias que poderão servir de base à interpretação desse preceito, com especial enfoque para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, bem como para os restantes atos do direito da União.

Será deixada uma nota acerca das medidas de transposição da norma geral anti-abuso adotadas (ou em vias de adoção) por parte de alguns Estados-membros da União, incluindo o caso português.

Adicionalmente, a Autora fará uma análise do previsível impacto que a norma geral terá a nível do direito da União e a nível das legislações internas dos Estados-membros, numa lógica comparativa entre o “antes” e o “depois”.

Neste âmbito, deixar-se-á uma nota acerca das anteriores experiências e reações dos Estados face a medidas equivalentes, de restrição da competência doméstica no âmbito da tributação direta, que está apenas parcialmente harmonizada.

⁸ Diretiva 2015/121.

⁹ Diretiva 2011/96/UE do Conselho de 30 de novembro de 2011 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

A Autora acredita que estas notas ajudarão as Estados-membros, designadamente as respetivas autoridades tributárias, na interpretação e aplicação da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da União Europeia ou das suas normas internas de cariz geral que espelham os princípios e ditames subjacentes à norma europeia.

3. Estrutura

O presente estudo é estruturado em oito Capítulos, sendo que o Capítulo Primeiro será dedicado à análise das várias faces do abuso, às respetivas medidas de luta contra esse fenómeno e à importância cada vez maior assumida pelas normas anti-abuso de carácter geral. Como efeito, começar-se-á por recordar a importância da luta contra o abuso tanto por parte das instâncias nacionais como por parte das instituições europeias e internacionais, análise esta seguida das ações do direito da UE e do Direito Internacional no combate ao abuso. Neste capítulo analisar-se-á a nova dimensão assumida pelos fenómenos abusivos enquanto esquemas de dupla não tributação no direito da UE e no direito internacional. De seguida, recordar-se-ão os meios das administrações fiscais nacionais no combate ao novo fenómeno transnacional, bem como as recentes medidas europeias de combate à dupla não tributação.

O Capítulo Segundo focar-se-á na análise das cláusulas gerais anti-abuso na prática europeia, nomeadamente as cláusulas gerais das três diretivas de tributação direta do direito da União e na dificuldade de adoção pelos Estados-membros da jurisprudência anti-abuso do TJUE, designadamente os valores subjacentes ao acórdão Cadbury Schweppes.

O Capítulo Terceiro será dedicado aos âmbitos de aplicação da Diretiva mães-afiliadas, ao sistema de eliminação da dupla tributação internacional económica e aos objetivos e fins desse diploma.

No Capítulo Quarto dar-se-á nota da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE no que respeita à sua natureza jurídica. Aos seus antecedentes, às diretrizes subjacentes à sua aprovação, bem como ao seu enquadramento à luz dos valores

preexistentes no direito da UE. O Capítulo será, ainda, dedicado à densificação dos conceitos utilizados pelo legislador europeu na estruturação da recente norma geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas.

O Capítulo Quinto será dedicado às duas versões da cláusula geral à luz da Recomendação da Comissão C(2012) 8806, de forma a averiguar a sua conformidade com este documento de “soft law”.

Um olhar sobre a implementação da cláusula pelos Estados-membros ocupará o Capítulo Sexto do presente estudo, incidindo sobre o efeito direto da norma geral, os termos de transposição da cláusula, bem como a soberania dos Estados na implementação da norma. Ao mesmo tempo, deixar-se-á uma luz acerca das medidas internas de implantação da cláusula e das reações dos Estados à nova norma do direito da UE.

O Capítulo Sétimo será dedicado à transposição, por parte de Portugal, da cláusula geral anti-abuso da Diretiva, no que respeita ao ónus de prova da motivação preponderante e ao sentido de oportunidade na transposição da norma.

Por fim, os efeitos da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE ocuparão o Capítulo Oitavo do presente estudo, enquanto mecanismo de luta contra o “directive shopping” na experiência europeia e internacional. Nas últimas páginas do estudo deixar-se-ão algumas luzes acerca do teste PPT proposto pela OCDE no Relatório BEPS enquanto ideal de inspiração para a nova norma geral do direito da UE, bem como das suas fragilidades.

CAPÍTULO PRIMEIRO

AS FACES DO ABUSO E AS MEDIDAS DE LUTA CONTRA O FENÓMENO

1. Importância da Luta Contra o Abuso

Na sequência da crise financeira de 2008, verificou-se uma mudança no enfoque político dado à União Europeia, estimulando-se a consciência pela necessidade de luta contra a fraude fiscal e contra as práticas abusivas¹⁰.

A tributação é central para a organização de qualquer Estado moderno e a exigência de impostos traz, necessariamente, uma divergência significativa entre os interesses do Estado e os interesses dos particulares. Enquanto o sujeito, naturalmente, “olha ao que tem de pagar”, o Estado está mais preocupado com questões de equidade e administração, tal como com os efeitos sociais e económicos mais amplos da tributação.

Existe, pois, uma tensão entre a necessidade do Estado em aumentar a sua receita fiscal – o que pode, facilmente, levar à adoção de medidas que interferem com a atividade legítima dos sujeitos – e os direitos e interesses dos contribuintes em proteger a sua propriedade privada de lhe ser retirada de uma forma arbitrária. Naturalmente, é irrealista esperar que um sistema fiscal exista sem abuso fiscal (ou sem planeamento fiscal agressivo, nas palavras da Comissão¹¹). No entender de Saldanha Sanches, “Num sistema fiscal racional, não afetado pelas irracionalidades das pessoas e das leis, ou pelas distorções introduzidas na lei pelos grupos de pressão, e dirigido a um universo de contribuintes sem qualquer esforço para reduzir a sua carga tributária, o planeamento fiscal seria uma redundância. No entanto, este mundo ideal não existe [...]”¹².

¹⁰ Ana Paula Dourado – *Tax mobility in the European Union: Present and future trends*, in Ana Paula Dourado (coord.), *Movement of persons and tax mobility in the EU: Changing winds*, IBFD, 2014, p. 25.

¹¹ Veja-se, a título de exemplo, a recente Comunicação da Comissão, em COM(2015) 302, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A fair and efficient corporate tax system in the European Union: 5 Key areas for action*, Brussels, 17.6.2015.

¹² J.L. Saldanha Sanches, João Taborda da Gama (colaboração) – *Justiça fiscal*, FFMS, 2010, p. 62.

Como causas de complexidade do sistema, Ana Paula Dourado identifica os comportamentos de elisão fiscal, manifestados através da manipulação de pressupostos normativos que originam intervenções do legislador com vista a “tapar lacunas não intencionais”, e que conduzem a novas discussões jurídicas sobre os limites do planeamento fiscal¹³.

É verdade que, em muitos casos, o abuso fiscal é autodestrutivo¹⁴, todavia, uma vez garantida a igualdade entre os contribuintes, o pagamento do imposto tem de ser concebido como uma obrigação pública.

Neste trabalho parte-se do pressuposto que a simplicidade do “porquê de lançar anátemas sobre quem cumpre a lei, mas não se limita a encará-la de forma passiva¹⁵” não levará à conclusão de que, se não forem ultrapassadas as fronteiras da atuação ilícita, não há que reprovar algo que não merece reprovação¹⁶. Saldanha Sanches identifica a fraude e o abuso fiscal como interações não cooperativas entre a administração fiscal e o sujeito passivo, em que cada contribuinte, inseguro em relação ao comportamento dos demais, procura maximizar o seu ganho, criando um forte custo coletivo¹⁷.

¹³ Ana Paula Dourado – *O princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2014, reimpressão da edição de 2007, pp. 566, 567. Também Ana Paula Dourado – *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016, reimpressão da edição de 2015, p. 262.

¹⁴ Os custos de lidar com a investigação, litigação, os custos emocionais para o contribuinte em causa, podem muito bem superar as vantagens do planeamento fiscal. Para uma análise dos limites morais do planeamento fiscal, vide Philip Baker – *Tax avoidance, tax evasion & tax mitigation*, p. 5, disponível em http://www.taxbar.com/documents/Tax_Avoidance_Tax_MitigationPhilip_Baker.pdf; Judith Freedman – *Defining taxpayer responsibility: In support of a general anti-avoidance principle*, British Tax Review, N.º 4, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 334-353.

¹⁵ Vide neste sentido, Carlos Loureiro, António Beja Neves – *Breve comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1, N.º 2, julho de 2008, p. 54.

¹⁶ Para uma análise mais aprofundada acerca da justiça da elisão fiscal, com enfoque no comportamento dos contribuintes que limitam a noção do imposto a um *custo que deve ser reduzido*, veja-se Judith Freedman – *Is tax avoidance “fair”?* in Chris Wales (coord.), *Fair tax: Towards a modern tax system*, The Smith Institute, 2008, p. 86 e ss.

¹⁷ Procurando encontrar a resposta para “o porquê” destes comportamentos, que considera “irracionais”, Saldanha Sanches encontra a melhor solução no *dilema do prisioneiro*. Segundo esta versão metafórica, a opção normal pela não cooperação, que prejudica os dois intervenientes, resulta da incerteza sobre o comportamento do outro. J.L. Saldanha Sanches, João Taborda da Gama (colaboração) – *idem nota de rodapé n.º 12*, pp. 54, 55. Para mais desenvolvimentos, vide Fernando Araújo – *Introdução à economia*, Coimbra, 2014, reimpressão da 3ª edição (de 2005), p. 381.

O problema da “tax avoidance” contrapõe a justiça à segurança jurídica¹⁸. Na perspetiva da segurança jurídica, só os atos e contratos expressamente previstos na lei podem dar origem a tributação. Dai que a exigência da previsão formal, ou seja, de uma norma fiscal que preveja com minúcia e exclusividade todos os atos e negócios que podem dar origem a tributação, seja ainda a posição de alguma doutrina¹⁹. No entanto, a literatura dominante reconhece hoje que a aplicação estrita do princípio da segurança jurídica conduziria diretamente a uma injustiça na aplicação da lei, uma vez que são precisamente os contribuintes com maior poder económico que têm maiores possibilidades de manipular a forma dos contratos que celebram^{20,21}.

A Autora segue aquela que lhe parece ser a melhor, e mais *correta* teoria, expressa nas palavras do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro, segundo qual a segurança jurídica deve ser equacionada juntamente com outros valores do sistema jurídico²².

A questão central para qualquer comunidade é o dilema do grau aceitável de limitação aos direitos fundamentais para reduzir o abuso fiscal e situá-lo dentro de limites toleráveis.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça ilustra muito bem este dilema, uma vez que a competência deste tribunal em matéria de impostos diretos provém fundamentalmente do seu papel de guardião das liberdades sobre as quais repousa

¹⁸ Alguns vêm a elisão fiscal como um “grande demónio”, colocando uma barreira nos contribuintes que não podem ou não querem elidir o imposto, criando injustiça no sistema fiscal. Outros vêm a elisão fiscal como mecanismo capaz de permitir ao sistema fiscal operar de uma forma competitiva e eficaz.

¹⁹ A título de exemplo, vide Alberto Xavier – *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra, 1972, pp. 310 e 323.

²⁰ Para uma análise mais pormenorizada, vide Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, pp. 605 e ss.

²¹ Referindo-se ao irrealismo metodológico da tipicidade fechada da previsão legal, José Casalta Nabais – *O dever fundamental de pagar imposto – Contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*, Coimbra, 2015, 4ª reimpressão da edição de 1998, p. 334; J.L. Saldanha Sanches – *Conceito de rendimento no IRS*, Fiscalidade, N.ºs 7,8, 2001, pp. 36-38; J.L. Saldanha Sanches – *Manual de direito fiscal*, Coimbra, 2007, p. 41. Vide também J.L. Saldanha Sanches – *As duas Constituições – Nos dez anos da cláusula geral anti-abuso*, in J.L. Saldanha Sanches/Francisco Sousa da Câmara/João Tabor da Gama (coord.), *Reestruturação de empresas e limites ao planeamento fiscal*, Coimbra, 2009, pp. 58-60.

²² Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro de 7 de abril de 2005 ao acórdão do TJUE de 21 de fevereiro de 2006, *Halifax*, Processo C-255/02, Parágrafo n.º 77.

a construção do mercado único. Numa primeira fase da sua jurisprudência, o TJUE manteve uma posição de grande contenção em relação às leis fiscais com as quais cada Estado-membro tentava impedir comportamentos fraudulentos ou abusivos em operações transfronteiriças dentro do espaço da União. Numa segunda fase, a sua jurisprudência procedeu à demolição de leis fiscais restritivas por as considerar incompatíveis com as liberdades comunitárias²³.

Neste sentido, a aplicação de qualquer regra de luta contra os comportamentos abusivos está sujeita ao juízo de proporcionalidade do TJUE, enquanto último patamar de juízo. Note-se que a abordagem do Tribunal de Justiça relativamente à luta contra as práticas abusivas é sempre formal e muito bem sequenciada, sendo feita, em primeiro lugar, a análise da existência ou não de uma situação de abuso; em segundo lugar, o apuramento de uma restrição nacional; em terceiro lugar, a verificação de uma justificação e, por último, o juízo de proporcionalidade da medida nacional de luta contra o comportamento abusivo identificado.

De seguida será deixada uma nota prévia do quadro europeu e internacional no que respeita às medidas ultimamente adotadas para responder aos fenómenos globais de abuso e de evasão fiscal.

2. Ações do Direito da União Europeia e do Direito Internacional no Combate ao Abuso

Desde a publicação da Comunicação da Comissão²⁴ e do Relatório BEPS²⁵, os Estados-membros da UE e os Estados contratantes da OCDE deparam-se com a necessidade de fortalecimento das suas normas gerais e específicas anti-abuso, em cumprimento simultâneo dos mandamentos europeus e internacionais.

²³ Citando Axel Cordewener, J J.L. Saldanha Sanches, João Taborda da Gama (colaboração) – *idem nota de rodapé n.º 12*, p. 57.

²⁴ COM(2012) 722, European Commission, Communication From the Commission to the European Parliament and the Council – An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, Brussels, 6 December 2012.

²⁵ OECD (2013), Action Plan on base erosion and profit shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en> (em língua inglesa) ou em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt> (em língua portuguesa).

A Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 dirigida ao fenómeno de erosão da base tributável²⁶ visa impedir que os contribuintes tirem vantagens de incompatibilidades entre as legislações nacionais para assegurarem que certo rendimento permanece não tributado, ou para explorarem as diferenças entre as taxas de imposto. Os Estados-membros da União são encorajados a adotar um conjunto comum de critérios para a determinação de um comportamento erosivo por parte dos contribuintes ou de transferência de lucros para jurisdições de baixa tributação.

No final do ano 2012 a Comissão propôs medidas concretas para o problema erosivo, adotando um Plano de Ação e duas Recomendações²⁷ de combate à fraude fiscal, à evasão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo²⁸. Este é, pois, um Plano de Ação que visa coadjuvar a OCDE e o G20 no seu trabalho nesta área²⁹.

O Conselho Europeu concordou³⁰ em acelerar o trabalho que tinha sido iniciado através das recomendações relativas à luta contra a fraude, a evasão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, agendando uma nova resposta para o mês de dezembro de 2013³¹.

²⁶ C(2012) 8806, European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 on Aggressive Tax Planning, Brussels, 2012.

²⁷ C(2012) 8805, European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 Regarding Measures Intended to Encourage Third Countries to Apply Minimum Standards of Good Governance in Tax Matters, Brussels, 2012; C(2012) 8806.

²⁸ As Comunicações da Comissão, por constituírem instrumentos de *soft law* interpretativos, fornecem orientação e *standards* comportamentais. Note-se que o TJUE tem vindo a adotar as Recomendações da Comissão, implementando estes instrumentos de orientação *soft law* nas suas decisões. Veja-se, por exemplo, o caso Gilly, acórdão do TJUE de 12 de maio de 1998, *Gilly*, Processo C-336/96. Para mais desenvolvimentos acerca do papel da *soft law* na política da UE, consulte-se Hans Gribnau - *Improving the legitimacy of soft law in EU tax law*, Intertax, Volumere 35, Issue 1, Kluwer Law International, 2007, pp. 33, 34.

²⁹ Veja-se a Declaração dos Líderes do G2, G20 Leaders Declaration, Los Cabos Summit - June 18-19, 2012, "*We reiterate the need to prevent base erosion and profit shifting and we will follow with attention the on-going work of the OECD in this area*", disponível em http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/131069.pdf

³⁰ European Council, 22 May 2013 Conclusions, EUCO 75/1/13, Brussels, 2013.

³¹ Da informação que temos a partir da página *web* do Conselho Europeu, as Conclusões do mês de dezembro de 2013 – tal como as subsequentes Conclusões – omitiram este tema. European Council, 20 December 2013 Conclusions, EUCO 217/13, Brussels, 2013.

Como primeira resposta à Comunicação de junho de 2012³², a Comissão apresentou, no final do ano, novas iniciativas a serem concretizadas a curto prazo (a serem efetivadas durante o ano de 2012), a médio prazo (a serem efetivadas durante o ano de 2013) e a longo prazo. No ponto 3.8 da sua Comunicação, a Comissão considerou que há necessidade de assegurar que a carga fiscal é partilhada justamente de acordo com as escolhas feitas pelos governos. Muitas vezes, alguns contribuintes podem utilizar esquemas complexos, às vezes artificiais, que têm o efeito de realocar a sua base fiscal noutras jurisdições dentro ou fora da UE. Através destes comportamentos, os contribuintes tiram vantagens de incompatibilidades entre as legislações nacionais para assegurar que certo rendimento permanece não tributado, ou para explorar as diferenças entre as taxas de imposto.

Em nome do mercado interno, a Comissão recomendou que os Estados-membros tomassem medidas eficazes comuns. Especificamente, os Estados foram encorajados a incluir uma cláusula nos acordos de dupla tributação celebrados com outros Estados-membros e com países terceiros, para dar resposta aos problemas de dupla não tributação.

Como ações de médio prazo, a Comissão identificou, no ponto 4.1.1.15 da sua Comunicação, a revisão das normas anti-abuso das diretivas de tributação direta da UE (Diretiva juros e royalties³³, Diretiva fusões, cisões³⁴ e Diretiva mães-afiliadas), com vista a implementar os princípios presentes nas suas recomendações sobre o planeamento fiscal agressivo.

Concluiu a Comissão que a fraude e a evasão fiscal, juntamente com o planeamento fiscal agressivo, são um problema multifacetado, que requiere uma

³² COM(2012) 35, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on concrete ways to reinforce the fight against tax fraud and tax evasion including in relation to third countries, Brussels, 27.06.2012.

³³ Diretiva 2003/49/CE do Conselho de 3 de junho de 2003 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes.

³⁴ Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de outubro de 2009 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro.

resposta coordenada e, por serem desafios globais, nenhum Estado-membro os pode enfrentar sozinho.

A Comissão acredita que a conjugação das ações supramencionadas pode fornecer uma resposta eficaz aos vários desafios colocados pela evasão e pela fraude fiscal, e pode contribuir para o aumento da justiça dos sistemas fiscais nacionais, assegurando as receitas fiscais e melhorando o funcionamento correto do mercado interno.

Na sequência das ações supramencionadas de luta da UE contra os fenómenos de erosão da base tributável, na sua proposta de resolução de 21 de maio de 2013³⁵, o Parlamento Europeu sugeriu à Comissão a investigação do problema relacionado com os esquemas híbridos³⁶ entre sistemas fiscais distintos, tal como a apresentação de uma proposta de alteração da Diretiva mães-afiliadas com vista à reformulação da norma anti-abuso e de eliminação da dupla não tributação no espaço europeu.

No mesmo sentido, a agenda anti-BEPS da OCDE propõe várias medidas que têm como objetivo primordial a proteção da receita fiscal dos Estados contratantes, de forma a pôr fim à erosão da base tributável e à transferência artificial de lucros para outras jurisdições que contornam o pagamento de impostos.

No seu Relatório dirigido ao BEPS, a OCDE explica que este comportamento erosivo consiste em aumentar a separação entre o local onde têm lugar as

³⁵ 201372060(INI), Committee on Economic and Monetary Affairs, Draft Report on the proposal for a Council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States.

³⁶ O termo “esquema híbrido” reporta-se a instrumentos financeiros ou a entidades, classificados de forma diferentes por sistemas fiscais distintos. A título de exemplo, uma entidade pode ser classificada, simultaneamente, como transparente e como opaca por sistemas tributários de países diferentes. Neste caso, diz-se que a entidade é híbrida. No que respeita ao mesmo conceito no âmbito do planeamento internacional, vide Vítor Loureiro e Silva – *Assimetrias e disparidades - A utilização de entidades e instrumentos financeiros híbridos no planeamento fiscal internacional*, Cadernos de Justiça Tributária, N.º 7, janeiro/março, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2015, pp. 48, 49.

atividades comerciais e os investimentos, e o local onde os lucros são declarados para efeitos fiscais^{37,38}.

O Relatório BEPS surgiu na sequência do debate público acerca dos alertas sobre o facto de as empresas multinacionais altamente lucrativas – como é o caso da Google Inc. ou Apple Inc. – não pagarem [quase] imposto sobre o rendimento obtido no Estado de acolhimento³⁹. Atendendo à situação de crise atual, não é de admirar que estas notícias trouxeram o tema da tributação das empresas multinacionais ao topo da agenda internacional.

Após a Declaração dos Líderes do G20⁴⁰, a 12 de fevereiro de 2013 a OCDE publicou o seu Relatório “Dirigido à Erosão da Base e à Transferência de Lucros”⁴¹, que sumariza os trabalhos desenvolvidos nestas matérias e identifica as áreas críticas. Em julho de 2013, foi elaborado o Plano de Ação global da OCDE, contendo quinze medidas de ação⁴² que visam conduzir o Projeto BEPS da OCDE/G20 à criação, até ao final do ano de 2015, de um conjunto único de regras fiscais internacionais para pôr fim ao fenómeno de erosão da base tributável e de transferência artificial de lucros para outras jurisdições, de forma a contornar o pagamento de impostos.

No dia 16 de setembro de 2014, a OCDE apresentou as primeiras sete recomendações para uma abordagem internacional coordenada do combate ao planeamento fiscal agressivo das empresas multinacionais⁴³, incidindo sobre a Ação 1 (“Abordar os desafios fiscais da economia digital”), Ação 2 (“Neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos”), Ação 5 (“Combater de modo mais eficaz

³⁷ Trata-se de transações entre entidades que raramente serão efetivadas entre empresas independentes.

³⁸ OECD (2013), Addressing base erosion and profit shifting, OECD Publishing, p. 15, disponível em http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en

³⁹ Clemens Fuest, Christoph Spengel, Katharina Finke, Jost H. Heckemeyer, Hannah Nusser – *Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinational firms: Issues and options for reform*, World Tax Journal, Volume 5, Issue 3, IBFD, 2013, p. 307.

⁴⁰ G20 Leaders Declaration, Los Cabos Summit - June 18-19, 2012.

⁴¹ OECD (2013), Addressing base erosion and profit shifting, OECD Publishing.

⁴² OECD (2013), Action Plan on base erosion and profit shifting, OECD Publishing.

⁴³ Apresentando as recomendações da OCDE, o Secretário Geral Secretary-General José Ángel Gurría afirmou “Our recommendations constitute the building blocks for an internationally agreed and coordinated response to corporate tax planning strategies that exploit the gaps and loopholes of the current system to artificially shift profits to locations where they are subject to more favorable tax treatment.”.

as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância”), Ação 6 (“Prevenir a utilização abusiva do convénio”), Ação 8 (“Ativos intangíveis”), Ação 13 (“Reexaminar a documentação de preços de transferência”) e Ação 15 (“Desenvolver um instrumento multilateral”)⁴⁴. Em outubro de 2015, a OCDE apresentou um relatório final, que conjuga as quinze ações que representarão a reforma do sistema fiscal internacional no que respeita ao combate ao abuso fiscal⁴⁵.

De forma a transpor a Ação 2 do BEPS para o direito da UE, foi necessária uma modificação ao artigo 4.º, número 1 da Diretiva mães-afiliadas. Consequentemente, em 25 de novembro de 2013 a Comissão submeteu uma proposta de alteração da Diretiva. Similarmente ao sentido da Ação 2 do BEPS, foram averiguadas várias situações de abuso da Diretiva mães-afiliadas por parte de empresas, possibilitando evitar o pagamento integral de impostos em qualquer Estado-membro envolvido.

Na sua proposta, a Comissão teve em mira as situações de dupla não tributação resultantes de incoerências no tratamento fiscal da distribuição de lucros entre Estados-membros e propôs a adoção de duas normas anti-abuso que neguem os benefícios da Diretiva aos “abusadores”. A proposta da Comissão foi dividida em duas partes de forma a possibilitar um acordo célere do Conselho acerca da medida de luta contra os esquemas fiscais de empréstimo híbrido. A segunda parte da proposta dizia respeito à aprovação de uma cláusula geral anti-abuso, que será analisada no Capítulo Quarto do presente estudo.

Em 8 de julho de 2014 foi aprovada a norma anti-abuso (*amplo sensu*⁴⁶) de luta contra os empréstimos híbridos no espaço europeu⁴⁷. O artigo 4.º, número 1,

⁴⁴ Veja-se o documento explicativo, OECD (2014), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, disponível em www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables-explanatory-statement.pdf

⁴⁵ OECD (2015), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, disponível em www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf

⁴⁶ Esta norma é configurada como assegurando o princípio da tributação única. Neste sentido, Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, p. 266.

⁴⁷ Parent-Subsidiary Directive (2014): Council Directive 2014/86/EU of 8 July 2014 amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 219 (2014), EU Law IBFD.

alínea a) da Diretiva mães-afiliadas passou a ter a seguinte redação: “Sempre que uma sociedade-mãe ou o seu estabelecimento estável, em virtude da associação da sociedade-mãe com a sociedade sua afiliada, obtenha lucros distribuídos de outra forma que não seja por ocasião da liquidação desta última, o Estado-Membro da sociedade-mãe e o Estado-Membro do estabelecimento estável da sociedade-mãe:

a). Abstêm-se de tributar esses lucros na medida em que não sejam dedutíveis pela filial, e tributam esses lucros na medida em que sejam dedutíveis pela filial, ou»”.

Esta medida impõe um dever de abstenção de tributação aos Estados quanto aos lucros recebidos pela empresa mãe, na medida em que não forem deduzidos pela empresa subsidiária⁴⁸.

Em conclusão, esta alteração legislativa permite aos Estados-membros da UE implementarem as recomendações da Ação 2 do BEPS sem violarem o direito da UE.

Não obstante o peso reconhecido às normas específicas de luta contra o abuso, veja-se de seguida uma outra forma comum de combate a esses comportamentos abusivos dos contribuintes.

3. Importância das Normas Anti-abuso de Caráter Geral

3.1. A Nova Dimensão do Abuso

O sistema fiscal global luta contra as práticas de erosão da base tributável através da adoção de medidas variadas, em função das políticas subjacentes ao ordenamento jurídico em causa.

Tome-se como *case study* a legislação dos Estados Unidos da América, enquanto Estado contratante da OCDE, por ser aquele que esteve mais

⁴⁸ Veja a análise pormenorizada da proposta em Evgenia Kokolia and Evgenia Chatziioakeimidou – *BEPS impact on EU law: Hybrid payments and abusive tax behavior*, European Taxation, Volume 55, Issue 4, IBFD, 2015, p. 150.

presente nos discursos académicos (e não apenas) relativos às práticas de planeamento fiscal agressivo.

O regime fiscal americano impõe uma tributação universal sobre os rendimentos das empresas residentes nos nesse território. Todavia, o rendimento obtido por uma tal empresa através de uma entidade controlada (CFC) não é, por regra, tributável no Estado de residência da sociedade mãe até ao momento da realização do rendimento, que ocorre com a receção de um dividendo. Esta regra de diferimento aplicada ao rendimento de fonte estrangeira obtido pela empresa CFC parece ser aplicada simplesmente como uma consequência automática da verificação dos requisitos de realização válidos para o rendimento tributável em geral⁴⁹.

Michael Devereux trouxe a analogia entre a tributação – com base na residência – do rendimento das empresas resultante do seu investimento à saída (ou *outbound*) e a tributação do rendimento à entrada (ou *inbound*). Concluiu Devereux que o imposto adequado sobre o investimento *outbound* é nulo, porque se esse for financiado pelos investimentos *inbound*, então pode, efetivamente, ser considerado uma forma de investimento *inbound*⁵⁰.

Qualquer que fosse o entendimento de Michael Devereux no que respeita ao relacionamento ótimo entre os impostos e as diferentes formas de investimento, a verdade é que a atual opção fiscal americana pode, com muita facilidade, levar a situações de dupla não tributação, bastando para isso que a empresa controlada nunca viesse a distribuir, efetivamente, os dividendos ou que o Estado de residência da sociedade mãe isentasse os dividendos à luz do regime de “participation exemption”.

⁴⁹ Daniel N. Shaviro – *The Obama administration's tax reform proposals concerning controlled foreign corporations*, British Tax Review, Issue 4, Sweet & Maxwell, 2009, p. 331.

⁵⁰ Michael P. Devereux – *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, Working Paper Nr. 08/24, Centre for Business Taxation, Oxford University, 2008, pp. 19-21.

Neste sentido, em 2009, foram propostas reformas significativas às normas fiscais americanas relativas ao investimento *outbound* por parte das empresas americanas, fortalecendo a tributação universal das mesmas⁵¹.

Como se viu, se os Estados Unidos da América, enquanto Estado soberano, está atento aos acontecimentos da atualidade e pretende dar uma resposta aos fenómenos erosivos da base tributável, a OCDE e a União Europeia não ficaram para trás.

O planeamento fiscal agressivo tornou-se uma prioridade na política internacional. Em termos sumários, de ponto de vista legislativo, a Recomendação da Comissão C(2012) 8806 sobre o planeamento fiscal agressivo no domínio da fiscalidade direta⁵² define este fenómeno como o ato de tirar vantagem dos aspetos técnicos do sistema fiscal ou das incompatibilidades ou diferenças entre dois ou mais ordenamentos jurídicos com o fim de reduzir a carga fiscal.

Desta premissa parece resultar que o planeamento fiscal agressivo surge associado às disparidades (i.e., “as lacunas não intencionais resultantes da conjugação de regimes e dois ou mais ordenamentos jurídicos”⁵³). Mas tal afirmação não é verdadeira. O termo planeamento fiscal agressivo tem aplicação tanto no âmbito de relações transfronteiriças estabelecidas por dois ou mais Estados-membros, como no âmbito de relações internas (i.e., domésticas), o que é notável na qualificação do fenómeno enquanto ato de tirar vantagem dos aspetos técnicos de um sistema fiscal. Desta conclusão resulta que o planeamento fiscal agressivo poderá conduzir tanto a fenómenos de abuso (ou de elisão fiscal), entendido como “lacunas não intencionais

⁵¹ As principais áreas de intervenção são a dedutibilidade resultante de diferimentos do imposto, planeamento relativo ao crédito de imposto estrangeiro e a prevenção da utilização de regras “check-the-box”. Veja-se neste sentido Daniel N. Shaviro – *idem nota de rodapé n.º 49*, p. 334.

⁵² C(2012) 8806.

⁵³ Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, p. 263.

existentes num ordenamento jurídico, como a fenómenos de dupla não tributação (causados pela interação de dois ou mais ordenamentos)⁵⁴.

Por essa razão, o planeamento fiscal agressivo pode verificar-se tanto interna como externamente. Desta forma, as técnicas legislativas de redução deste tipo de “lacunas não intencionais” podem consistir tanto na adoção de regras específicas anti-abuso como através de normas de carácter geral ou através da interpretação segundo a substância económica dos factos⁵⁵.

O planeamento fiscal agressivo pode assumir várias modalidades, cujas consequências incluem dupla dedução de perdas (no Estado da fonte e no Estado de residência) e dupla não tributação⁵⁶ (no Estado de origem e no Estado de residência do contribuinte). Pelo contrário, para a definição do termo “abuso fiscal”, a Comissão adotou a terminologia da OCDE⁵⁷, que o descreve como uma “transação dos contribuintes cuja intenção é a redução da carga fiscal, em contradição com o objetivo da norma”⁵⁸.

A União Europeia considera que o fenómeno de planeamento fiscal agressivo e, portanto, da dupla não tributação, prejudica a política fiscal, afeta a receita tributária, prejudica a concorrência e “mancha” a transparência fiscal.

Como se pode observar, nos últimos anos o abuso ganhou uma nova dimensão, falando-se agora do fenómeno da “dupla não tributação” que priva os Estados-membros de receita fiscal e que promove uma concorrência injusta no

⁵⁴ Ana Paula Dourado parece entender que o planeamento fiscal agressivo se resume às situações de verificação de disparidades (consequentemente, de possível dupla não tributação) entre dois ou mais ordenamentos jurídicos. Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, p. 263.

⁵⁵ Para uma análise do planeamento fiscal agressivo no ordenamento jurídico português, veja-se Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, pp. 288-292.

⁵⁶ Para uma análise dos exemplos de dupla não tributação na UE veja-se TAXUD D1 D(2012) European Commission, Staff Working Paper, The internal market: Factual Examples of Double Non-Taxation Cases, Consultation Document, Brussels.

⁵⁷ Platform/005/2014/EN, European Commission, Directorate-General Taxation and Customs Union, Platform for Tax Good Governance, Discussion Paper on the Follow-Up of the Commission Recommendation Regarding Measures Intended to Encourage Third Countries to Apply Minimum Standards of Good Governance in Tax Matters, 22 January, 2014.

⁵⁸ Para uma análise comparativa com os termos “fraude fiscal” e “evasão fiscal” do ponto de vista da competência da EU, veja-se Mirugia Richardson – *Fighting tax fraud and tax evasion in the EU: The 2012 Action Plan*, EC Tax Review, Volume 24, Issue 4, Kluwer Law International, 2015, pp. 225-227.

Mercado Único. A UE deve dar o seu melhor, por razões de justiça, transparência, concorrência e eficiência económica, para garantir o preenchimento das lacunas fiscais. Como se viu, a UE está num processo de investigação do problema relacionado com os esquemas híbridos entre sistemas fiscais distintos, e de reformulação das normas anti-abuso e de eliminação da dupla não tributação no espaço europeu.

Analise-se de seguida algumas iniciativas europeias de luta contra a dupla não tributação.

3.2. O Fenómeno da Dupla não Tributação na UE

A globalização e o crescimento das atividades transfronteiriças possibilitaram conflitos entre as medidas adotadas a nível do direito interno e as ações implementadas a nível do direito supranacional, criando lacunas devido à concorrência e à falta de harmonização das legislações internas. Tanto a Comissão⁵⁹ como a OCDE⁶⁰ estão a reunir esforços para combaterem tais práticas, consideradas prejudiciais⁶¹.

O problema da dupla não tributação não deve ser analisado de forma independente e isolada, mas como parte de uma ampla iniciativa. Numa altura em que os Estados-membros procuram preservar a sua receita fiscal, é importante para a sua credibilidade face aos contribuintes que tomem as medidas necessárias para eliminar ou limitar a manifestação de fenómenos como a dupla tributação ou a dupla não tributação. Tanto um como outro podem prejudicar o Mercado Único e são, por isso, de censurar.

⁵⁹ COM(2012) 8806, European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 on Aggressive Tax Planning, Brussels; TAXUD D1 D(2012), European Commission, Staff working Paper – The Internal Market: Factual Examples of Double Non-taxation Cases, Brussels.

⁶⁰ OECD (2013), Addressing base erosion and profit shifting, OECD Publishing, disponível em http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page4

⁶¹ Para uma análise detalhada das medidas de luta contra a dupla não tributação, veja-se Christian Kahlenberg – *Prevention of double non-taxation: An analysis of cross-border financing from a German perspective*, Intertax, Volume 23, Issue 3, Kluwer Law International, 2015, p. 223 ss.

Os contribuintes que beneficiam de dupla não tributação nas suas transações transfronteiriças usufruem de uma vantagem concorrencial face aos contribuintes sujeitos a uma tributação “regular”, enquanto os contribuintes que enfrentam uma dupla tributação sobre os seus rendimentos se encontram em desvantagem.

Por essas razões, entre outras, os dois fenómenos supramencionados merecem uma análise conjunta.

Em novembro de 2011, a Comissão declarou que iria tomar medidas concretas de luta contra a dupla tributação e iniciar um processo de consulta pública que evidencie o problema real da dupla não tributação⁶².

Convencidas da necessidade de luta contra a dupla não tributação, as instituições europeias concordaram em reunir esforços para combater a concorrência fiscal agressiva praticada pelas grandes empresas que transferem artificialmente os lucros para reduzirem a taxa de imposto.

A globalização e a integração económica sucessiva dos mercados criada pelos avanços tecnológicos potenciaram significativamente as negociações transfronteiriças nos últimos anos. Acompanhando este desenvolvimento, o fenómeno da dupla não tributação começou por ocorrer nos investimentos internacionais realizados pelos sujeitos. Por esta razão, tornou-se cada vez mais evidente e relevante a eliminação deste obstáculo às negociações e ao investimento transfronteiriço, limitando o escopo da dupla não tributação.

As instituições da União decidiram que a dupla não tributação resultante da manipulação a nível da forma adotada para o estabelecimento de uma empresa será eficazmente combatida através de atuação a nível legislativo (e não apenas através de medidas de troca de informação e de regras de boa

⁶² COM(2011) 712, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Double Taxation in the Single Market, Brussels, 11 November of 2011.

governança⁶³), materializada na elaboração de uma cláusula geral anti-abuso na Diretiva mães-afiliadas, analisada no Capítulo Quarto⁶⁴.

Curiosamente, não obstante esta medida da UE ser considerada oportuna, a Comissão considerou que a forma mais adequada de prevenção da dupla não tributação seria a adoção pelos Estados da proposta da Comissão sobre o CCCTB. Considera-se que as fontes deste fenómeno são, para além da manipulação da forma adotada para o estabelecimento, as diferentes normas fiscais dos Estados. Atendendo ao princípio da subsidiariedade, é necessário assegurar maior coerência entre as posições de cada Estado e os princípios da boa governação. Exige-se uma crescente coordenação a nível da União de modo a assegurar que a construtiva cooperação é realizada a um nível global.

Visto a proposta CCCTB não ter sido desenvolvida até à data, a *nova* norma geral anti-abuso da UE representa o princípio de um processo de revisão do sistema fiscal dos Estados-membros com o objetivo de o tornar mais eficiente e eficaz, removendo isenções injustificadas, conceitos indeterminados ou discricionários, melhorando a eficiência da coleta do imposto e combatendo a evasão fiscal.

A aprovação da norma geral anti-abuso na Diretiva mães-afiliadas constitui, sem dúvida, uma medida concreta de luta contra a dupla não tributação e um passo em frente relativamente à OCDE. Todavia, este fenómeno de erosão da base tributável continuará a fazer parte da agenda europeia e internacional nos próximos anos, juntamente com a questão de saber como eliminar ou reduzir o planeamento fiscal agressivo.

⁶³ Não obstante, a União tomou consciência que a dupla não tributação será difícil de combater se faltar a informação relevante. Por isso, apostou na troca de informações entre as autoridades tributárias através da Diretiva 2011/16/UE, do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011. Da mesma forma, o artigo 2.º, n.º 4 da CM-OCDE prevê a troca automática de informações entre Estados contratantes relativamente às alterações significativas na legislação fiscal interna.

⁶⁴ Communication on Strengthening Good Governance in the Tax Area ("tax havens, uncooperative jurisdictions and aggressive tax planning") 10/2011, disponível em http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/planned_ia/docs/2012_taxud_005_good_governance_in_relation_tax_havens_en.pdf

3.3. O Fenómeno da Dupla não Tributação na OCDE

A importância deste fenómeno pode ser verificada através da atenção que tem merecido por parte da OCDE em lutar contra o planeamento fiscal agressivo. Nos últimos anos a OCDE publicou uma série de relatórios sobre o tema⁶⁵.

Independentemente do tipo da dupla não tributação, seja ela o resultado de uma adequada ou inadequada utilização do acordo bilateral⁶⁶, a eliminação deste fenómeno surge como objetivo da OCDE na sua CM-OCDE. No seu artigo 23ºA, número 4, sob a epígrafe “Método de isenção”, a CM-OCDE nega o benefício fiscal a um residente de um Estado contratante quando o outro Estado [contratante] aplica as normas desse diploma para isentar de imposto o rendimento detido pelo primeiro.

Em março de 2012, a OCDE elaborou um relatório⁶⁷ que estabelece como segunda opção política a adoção de normas gerais anti-abuso de luta contra as entidades híbridas, desenhadas de forma artificial. Não obstante, a OCDE concluiu que, apesar da eficácia das cláusulas gerais anti-abuso em casos que envolvem esquemas híbridos, nem sempre serão uma solução de resposta adequada a situações de dupla não tributação levantadas por esses esquemas híbridos. Por isso, a organização internacional optou por apoiar a adoção de normas específicas dirigidas exclusivamente a estas situações ou de “subject-to-tax clauses”⁶⁸. Acompanhando este entendimento, a Comissão adotou, através da Diretiva 2014/86/UE⁶⁹ - analisada no Ponto 3.5 do Capítulo Primeiro-, uma norma que permite a tributação no Estado de residência da sociedade mãe na medida em que o rendimento não tenha sido tributado no Estado da sociedade afiliada.

⁶⁵ OECD (2011), Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure; OECD (2012), Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues.

⁶⁶ Para maiores desenvolvimentos veja-se Anna Scapa, Lars A. Henie – *Avoidance of double non-taxation under the OECD Model Tax Convention*, Intertax, Volume 33, Issue 6/7, Kluwer Law International, 2005, pp. 266, 267.

⁶⁷ OECD, (2012), Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues, pp. 13, 14.

⁶⁸ Para a análise da natureza bilateral da cláusula, veja-se Christian Kahlenberg –*idem nota de rodapé n.º 61*, p. 227.

⁶⁹ Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014 que altera a Diretiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes.

Todavia, note-se que a dupla não tributação não é resultado apenas da exploração das disparidades entre os sistemas fiscais dos Estados, mas também da utilização de esquemas artificiais cuja tributação é afastada pela falta de atividade económica da empresa em causa. Neste caso, a medida considerada adequada é a norma geral anti-abuso, cuja incorporação é aconselhada igualmente nos acordos de dupla tributação celebrados entre os Estados⁷⁰.

3.4. Meios das Administrações Fiscais no Combate ao Abuso na Distribuição de Dividendos

Por um lado, o combate ao abuso na distribuição de dividendos tem sido feito através da adoção de normas específicas [objetivas] anti-abuso, dirigidas a comportamentos que envolvem a manipulação dos dividendos em vários aspetos⁷¹. Os Estados consideram que o fortalecimento das normas anti-abuso internas representa uma proposta alternativa à interpretação extensiva (ou conforme o direito da UE) do atual conceito de “abuso” pelos tribunais.

Neste sentido e a título de exemplo, em dezembro de 2013, o governo alemão assumiu o compromisso de encontrar medidas de luta contra a evasão e o abuso fiscal, em apoio ao BEPS, incluindo a adoção de novas medidas fiscais de luta contra a distribuição transfronteiriça de lucros pelas empresas multinacionais. Por conseguinte, a Alemanha pretendeu eliminar a dupla não tributação e a dupla dedução de gastos de financiamento, dando cumprimento às alterações implementadas na Diretiva mães-afiliadas no que respeita à luta contra os esquemas híbridos, descritas no Ponto 3.5 do Capítulo Primeiro e no Capítulo Quarto⁷². Previu-se que estas medidas unilaterais possam incluir a

⁷⁰ Peter Kavelaars – *EU and OECD: Fighting against tax avoidance*, Intertax, Volume 41, Issue 10, Kluwer Law International, 2013, p. 509.

⁷¹ Veja-se o caso das normas LOB - as chamadas regras objetivas - para os casos de uso indevido das empresas “holding”, analisadas por Eric C.C.M. Kemmeren em *Where is EU law in the OECD BEPS discussion?* EC Tax Review, Volume 23, Issue 4, Kluwer Law International, 2014, p. 191.

⁷² Calum Dewar, Maarten Maaskant and Torsten Schmidt, Moritz Althaus, Christian Kuepker, Jens Hagemann – *EC amendments to Parent-Subsidiary Directive address hybrid loans, introduce common GAAR*, Journal of International Taxation, February, 2014. Veja-se que estas medidas foram seguidas por uma proposta da Comissão, datada de 28 de janeiro de 2016, no sentido da adoção de uma diretiva anti-BEPS. Veja-se a conferência de imprensa em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-159_en.htm

limitação da dedutibilidade de pagamentos feitos a empresas “letterbox”, que demonstrem falta de substância e de atividade económica. A chanceler Angela Merkel e o Partido Social Democrata fixaram como ideal a implementação, em 2015, de medidas fiscais concretas no sentido de concretizar e antecipar o BEPS, sendo que esta iniciativa da OCDE e do G20 está a revelar-se de demorada implementação. Em consequência, na secção 8b do código de imposto sobre as pessoas coletivas alemão (“Corporate Tax Act”), prevê-se a tributação dos pagamentos recebidos por uma empresa residente na medida em que os mesmos tenham sido deduzidos ao nível da empresa afiliada, sejam eles qualificados como dividendos ou não.

Por outro lado, a resposta “subjética” ao abuso é representada, precisamente, pelas cláusulas gerais anti-abuso, sejam elas de aplicação ampla ou restrita, conforme a opção do tribunal em causa. Todavia, por norma, este tipo de medidas internas não são dirigidas em exclusivo ao combate dos comportamentos abusivos na distribuição de dividendos. Existe, não obstante, no espaço europeu, um exemplo de norma geral doméstica dirigida exclusivamente ao abuso de dividendos. É o caso do Plano Fiscal holandês de 2012 que impõe uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos por uma cooperativa sediada na Holanda, quando esta detém participações de uma empresa com o principal objetivo de contornar a retenção na fonte holandesa e as ações da cooperativa não são detidas por uma empresa com atividade económica efetiva.

Na falta de uma norma com teor semelhante, as autoridades tributárias têm vindo a invocar as suas normas gerais internas ou a sua doutrina de fraude à lei ou de abuso de direitos para surtir efeitos idênticos. No contexto dos acordos de dupla tributação, a falta de uma LOB (densificada no Ponto a seguir) é compensada, normalmente, por um teste subjético, i.e., o “principal objetivo” semelhante ao proposto pela OCDE no Relatório BEPS⁷³, e adotado na recente cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas.

⁷³ OCDE (2014), Plano de Ação Para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207790-pt>

3.5. As Recentes Medidas Europeias de Combate à Dupla não Tributação

A Ação 2 do BEPS (“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements”) implica que os Estados contratantes da OCDE (ou seja, alguns Estados-membros da UE) possam negar a isenção fiscal a uma operação de distribuição de dividendos – perante uma situação de pagamentos híbridos – abrangida pelo escopo de aplicação da Diretiva mães-afiliadas. À primeira vista, a adoção e implementação desta medida do BEPS nas ordens jurídicas dos Estados-membros da UE leva-os a violarem o direito secundário da União, designadamente a própria Diretiva mães-afiliadas. Segundo a versão do artigo 4.º, número 1 da Diretiva anterior a 8 de julho de 2014, os Estados-membros devem abster-se de tributar os lucros resultantes da distribuição de dividendos.

Como se analisou, de forma a transpor a Ação 2 do BEPS para o direito da UE, em 25 de novembro de 2013 a Comissão submeteu uma proposta de alteração da Diretiva mães-afiliadas. Nesta proposta, a Comissão teve em mira as situações de dupla não tributação resultantes de incoerências no tratamento fiscal da distribuição de lucros entre Estados-membros e propôs a adoção de uma cláusula geral anti-abuso que negue os benefícios da Diretiva aos “abusadores”.

Ao mesmo tempo que as soluções a nível global são muito importantes, a luta contra as incompatibilidades e o abuso ao nível da UE ganha especial relevo tomando em consideração o direito da UE existente.

Atendendo a que os benefícios dos atos de direito da União Europeia não deverão conduzir a situações de dupla não tributação, e aos princípios subjacentes à Recomendação da Comissão de 2012⁷⁴, o Conselho adotou, através da Diretiva 2014/86/UE, de 8 de julho de 2014, uma cláusula

⁷⁴ C(2012) 8806.

específica anti-abuso, aplicada aos dividendos *inbound*, que alterou o artigo 4.º, número 1, alínea a) da Diretiva mães-afiliadas⁷⁵.

No sentido da adoção desta norma específica anti-abuso, o Conselho aprovou, em 27 de junho de 2014⁷⁶, uma alteração ao artigo 4.º, número 1, alínea a) da Diretiva mães-afiliadas, nos termos da qual o Estado-membro da sociedade mãe e o Estado-membro do estabelecimento estável da sociedade mãe *abstêm-se de tributar esses lucros na medida em que não sejam dedutíveis pela filial, e tributam esses lucros na medida em que sejam dedutíveis pela filial*⁷⁷. Consequentemente, em 8 de julho de 2014, através da Diretiva 2014/86/UE do Conselho, a UE tomou uma medida concreta a fim de evitar situações de dupla não tributação decorrentes de assimetrias entre Estados-membros no tratamento fiscal da distribuição de lucros⁷⁸. Em consequência, advém para os Estados-membros uma obrigação de não permissão de que as sociedades beneficiem da isenção fiscal aplicada aos lucros distribuídos que recebam, na medida em que tais lucros sejam dedutíveis pela filial da sociedade mãe⁷⁹.

A questão que fica em aberto é a de saber se esta nova medida não traz ainda maior incoerência entre a aplicação do método do crédito e do método da isenção⁸⁰.

Na verdade, a ação da União traduz de forma fiel a jurisprudência do Tribunal de Justiça no caso Manninen, segundo qual o Estado de residência do recetor de dividendos deve tomar em consideração o imposto pago no Estado de residência da sociedade afiliada, de forma a garantir que o mesmo

⁷⁵ Artigo 1.º da Diretiva 2014/86/UE.

⁷⁶ Council Directive Amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation, applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, Brussels, 27 June 2014.

⁷⁷ Inicialmente, a alínea a) previa apenas a *abstenção de tributar* pelo Estado-membro em causa.

⁷⁸ Acerca da viabilidade desta medida, veja-se Hans van den Hurk – *Proposed amended Parent-Subsidiary Directive reveals the European Commission's lack of vision*, Bulletin for International Taxation, Volume 68, Number 9, IBFD, 2014. Também Christoph Marchgraber – *Tackling deduction and non-inclusion schemes – The proposal of the European Commission*, European Taxation, Volume 54, Issue 4, IBFD, 2015, pp. 134-136.

⁷⁹ Diretiva 2014/86/UE, parágrafo 3.º e artigo 1.º.

⁸⁰ No sentido positivo, Isabella de Groot – *Exemption method in the EU Parent-Subsidiary Directive amended in respect of hybrid instruments: What about the credit method?* EC Tax Review, Volume 24, Issue 3, Kluwer Law International, 2015, pp. 159, 160.

investimento feito num outro Estado-membro foi sujeito a um tratamento fiscal favorável no Estado da sociedade mãe tal como foi o investimento no Estado da afiliada⁸¹.

O artigo 51.º do Código do IRC português⁸² zela pela eliminação da dupla tributação económica nas situações de dividendos *inbound* distribuídos por parte de afiliadas residentes na UE para as sociedades mães residentes no EEE ou num país terceiro⁸³, prevendo como um dos requisitos cumulativos o facto de a entidade afiliada estar sujeita e não isenta de IRC, de um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva mães-afiliadas e que a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60% da taxa do IRC prevista no número 1 do artigo 87.⁸⁴

Através da Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro, o Código do IRC português foi alterado, transpondo a Diretiva 2014/86/UE e adequando o regime especial de tributação de grupos de sociedades à jurisprudência do TJUE. Desta forma, a alínea a) do número 10 do artigo 51.º, com a epígrafe “Eliminação da dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídos”, prevê que a eliminação da dupla tributação não se aplica aos lucros e reservas distribuídos que correspondam a gastos dedutíveis pela entidade que os distribui para efeitos do imposto mencionado na alínea d) do número 1⁸⁵.

Segundo o preâmbulo da Diretiva 2014/86/UE, a fim de evitar situações de dupla não tributação decorrentes de assimetrias entre Estados-membros no

⁸¹ *Manninen*, Processo C-319/02. No mesmo sentido veja-se o acórdão *Test Claimants FII Group Litigation*, que obriga o Estado da sociedade mãe a tomar em consideração o imposto pago no Estado da sociedade afiliada se o imposto sobre as sociedades tivesse sido tomado em consideração em situações domésticas.

⁸² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro.

⁸³ O artigo 51.º do Código do IRC abrange, atualmente, quer as afiliadas residentes na UE, como as residentes no EEE ou num país terceiro, graças à revogação dos artigos 11.º e 12.º pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro e à falta de menção relativamente à residência da sociedade afiliada. Exceto o previsto no artigo 51.º, n.º 10, alínea b) do Código do IRC, alterado pela Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro. De notar que, para as situações de dividendos *outbound*, o artigo 14.º, n.º 3 – na redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro – apenas admite a isenção da tributação na medida em que a sociedade afiliada seja residente num Estado terceiro com o qual Portugal tenha celebrado CDT – *vide* artigo 14.º, n.º 3, alínea a), subalínea 3).

⁸⁴ Artigo 51.º, n.º 1, alínea d) do Código do IRC, aditado pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

⁸⁵ Trata-se de um requisito cumulativo que prevê a necessidade de sujeição da sociedade afiliada ao IRC, ao imposto referido no artigo 7.º, a um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva ou a um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC.

tratamento fiscal da distribuição de lucros, o Estado-membro da sociedade mãe e o Estado-membro do seu estabelecimento estável não deverão permitir que essas sociedades beneficiem da isenção fiscal aplicada aos lucros distribuídos que receberam, na medida em que tais lucros sejam dedutíveis pela filial da sociedade mãe.

No mesmo sentido, nos termos da Recomendação da Comissão C(2012) 8806, sempre que, com o objetivo de evitar a dupla tributação através de normas nacionais unilaterais, os Estados-membros isentarem de imposto um determinado elemento de rendimento gerado noutra jurisdição em que não esteja sujeito a imposto, os Estados-membros são encorajados a assegurar que esse elemento é tributado. Um elemento de rendimento deve ser considerado sujeito a imposto quando for tratado como tributável pela jurisdição em causa e não estiver isento de imposto, nem beneficiar de um crédito de imposto total ou de uma tributação à taxa zero.

Por conseguinte, através da aprovação da *linking rule* supramencionada, a UE tomou medidas concretas para que os benefícios da Diretiva mães-afiliadas não gerem benefícios fiscais indevidos para grupos de sociedades mãe e afiliadas de Estados-membros diferentes relativamente a grupos de sociedades de um mesmo Estado-membro.

Esta medida *impõe* um dever de abstenção de tributação aos Estados quanto aos lucros recebidos pela empresa mãe, na medida em que não foram deduzidos pela empresa subsidiária⁸⁶. Por outras palavras e como se concluiu neste estudo, esta alteração legislativa permite aos Estados-membros da UE implementarem as recomendações da Ação 2 do BEPS sem violarem o direito da UE.

Adicionalmente, com base nos princípios subjacentes à Recomendação da Comissão C(2012) 8806, a Diretiva 2015/121 revolucionou a matéria da

⁸⁶ Veja a análise pormenorizada da proposta em Evgenia Kokolia and Evgenia Chatziioakeimidou – *idem* nota de rodapé n.º 48, p. 150.

tributação direta, introduzindo na Diretiva mães-afiliadas uma alteração de crucial importância⁸⁷. Através do seu artigo 1.º, o diploma pretende que a Diretiva mães-afiliadas não possa ser passível de abuso pelos contribuintes, dada a aplicação da norma geral anti-abuso aí prevista. Esta norma foi configurada como *standard* mínimo (*de minimis rule*) de aplicação pelos Estados-membros.

A aplicação da cláusula geral anti-abuso deve ser proporcional e visar os esquemas ou conjunto de esquemas não genuínos (ou seja, que não refletem realidade económica). Na análise do esquema abusivo, as administrações fiscais nacionais atenderão, de forma objetiva, a todos os factos e circunstâncias relevantes.

Esta norma deverá ser aplicada a situações em que o esquema seja, na sua totalidade, não genuíno, mas também a casos em que apenas uma parte (ou algumas partes) do esquema seja não genuíno. Nesta última hipótese, a aplicação da cláusula não poderá prejudicar as restantes partes genuínas do ato ou do esquema.

Conclui-se que a *nova* cláusula geral anti-abuso de direito da UE é de extrema importância tanto para as instituições da União como para os Estados-membros.

A concordância com a autossuficiência do princípio geral de abuso de direitos enquanto ferramenta eficaz de luta contra o abuso seria minimizar ou até anular o efeito útil das cláusulas anti-abuso de direito da União. Esta premissa levaria à exclusão das normas de carácter geral⁸⁸. Como se verá, existe doutrina que considera que, dada a fixação de jurisprudência sobre o abuso em geral, em comparação com a decisão do caso *Leur-Bloem*, as normas anti-abuso nas diretivas europeias (sobretudo nas três diretivas de tributação direta infra analisadas) serão desnecessárias⁸⁹. Sustenta esta doutrina que a previsão

⁸⁷ Diretiva 2015/121.

⁸⁸ Neste sentido, veja-se Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *European tax law*, Abridged Student Edition, Sixth Edition, Wolters Kluwer, 2012.

⁸⁹ Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *idem*, p 361.

dessas normas em sede das diretivas sobre a tributação das pessoas coletivas é supérflua. Segundo os autores, a jurisprudência do Tribunal de Justiça demonstra que o acesso dos agentes económicos ao direito da UE pode ser recusado de qualquer forma, a partir do momento em que esse recurso seja fútil, onde o fator de ligação ao direito da UE seja construído com artifícios e com falta de substância económica, ou onde o direito da UE seja invocado para fins completamente estranhos ao objeto e finalidade das normas europeias invocadas.

Como argumentos, são invocados os casos *Halifax* (em matéria de tributação indireta) e *Cadbury Schweppes* (relativo à tributação direta) dos quais entendem resultar que os Estados-membros possam recusar a aplicação das normas de direito da UE desde que:

- i). possam demonstrar que o operador económico que as invoca pretende obter através de esquemas artificiais uma vantagem não devida (elemento subjetivo); e
- ii). o resultado da aplicação das normas de direito da UE invocadas estaria em desacordo com o objeto e fim dessa norma (elemento objetivo).

Em conclusão, para esses autores, os dois elementos supra citados são necessários e suficientes para afastarem qualquer norma vantajosa de direito da UE invocada pelo particular, funcionando como “padrão geral” de aplicação, com base no princípio geral do abuso de direito da UE⁹⁰.

Na opinião da Autora, a falta de normas anti-abuso de carácter geral não pode ser colmatada mediante interpretação teleológica da lei, uma vez que o uso de analogia, em Direito Fiscal, é rejeitado. Em casos de “reprovação” de comportamentos adotados pelos contribuintes, a reação do ordenamento jurídico é apenas a de requalificar os atos ou negócios segundo o fim das normas fiscais que foram evitadas pelo sujeito passivo. Nas situações de abuso

⁹⁰ Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *idem nota de rodapé n.º 88*, p 361.

fiscal que envolve diversos atos ou diversos sujeitos, a interpretação revela-se insuficiente e é necessário recorrer a cláusulas anti-abuso.

Adicionalmente, a introdução da cláusula geral anti-abuso na Diretiva mães-afiliadas teve importantes contributos a nível da aplicação da doutrina Cadbury Schweppes e da negação dos benefícios da Diretiva a partir de uma norma anti-abuso nacional. Este aspeto será analisado no Capítulo Quarto do presente estudo.

No próximo Ponto será feito um enquadramento das restantes normas gerais presentes no ordenamento jurídico da União Europeia, que possam ter influenciado a aprovação da nova norma geral anti-abuso na Diretiva mães-afiliadas.

3.6. Coerência do Direito da União Europeia nas Diretivas de Tributação Direta

Nas próximas páginas a análise será focada nas três diretivas de tributação direta do direito da União, designadamente a Diretiva fusões, cisões, a Diretivas juros e royalties e a Diretiva mães-afiliadas, que dispõem de normas anti-abuso de luta contra os comportamentos elisivos, adaptadas às suas próprias particularidades.

Em primeiro lugar, a cumplicidade das três diretivas na forma como evitam ou combatem o abuso dirigido a comportamentos juridicamente tipificados servirá como ponto de partida do enquadramento da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE, nomeadamente dos fundamentos da sua estrutura, da interpretação sistemática e do enquadramento em sede da Diretiva mães-afiliadas.

O preâmbulo de cada uma destas diretivas identifica como principais objetivos a neutralidade fiscal - de ponto de vista da concorrência - e a eliminação da

dupla tributação, por serem aspetos determinantes na construção do mercado interno⁹¹.

Este estudo apenas analisará comparativamente, a título de exemplo, as normas específicas anti-abuso constantes nos artigos 3.º e 4.º da Diretiva mães-afiliadas, o artigo 1.º da Diretiva juros e royalties e o artigo 4.º da Diretiva fusões, cisões, devido à sua colocação sistemática nos três diplomas.

Estas comparações mostraram a cumplicidade na estrutura das medidas de luta contra o abuso nas três diretivas de tributação direta, sendo que as conclusões que serão tiradas a este propósito poderão servir de base à análise dos elementos e dos conceitos indeterminados presentes da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, enquanto preceito não totalmente inovador.

O primeiro patamar de comparação será representado pelos preceitos da Diretiva mães-afiliadas em contraposição aos preceitos da Diretiva juros e royalties.

Começando pelo artigo 3.º, número 2, alínea b) da Diretiva mães-afiliadas, este prevê que os Estados-membros possam negar a aplicação do diploma nas situações em que as sociedades “não conservem durante um período ininterrupto de pelo menos dois anos uma participação que dê direito à qualidade de sociedade-mãe ou sociedade afiliada”.

Os Estados-membros devem, por isso, negar o estatuto de sociedade mãe ou sociedade afiliada a empresas que não estejam relacionadas através de uma “participação qualificada” por um período mínimo de dois anos. Todavia, dada a formulação da norma, os Estados-membros estão livres de eliminarem ou reduzirem o período mínimo de detenção. Para além disso, o artigo 3.º, número 2 deixa pouco claro se o preenchimento do requisito do período mínimo de detenção deve ser analisado *ab initio* ou *a posteriori*.

⁹¹ A razão subjacente prende-se com a distorção das opções de investimento e desvirtuamento do problema da capacidade contributiva proporcionada pela dupla tributação de sociedades e acionistas, sem qualquer atenuação. Neste sentido Ana Paula Dourado – *Princípios de direito tributário internacional*, 1998, p. 63.

No momento da transposição inicial da Diretiva mães-afiliadas para os seus ordenamentos jurídicos, vários Estados entenderam que o período mínimo exigido deve ser completo antes de as entidades em causa poderem beneficiar das vantagens da Diretiva. Poucos são os que consideraram que a distribuição de lucros deve ser isenta imediatamente, mesmo que as participações na empresa afiliada tenham sido adquiridas pouco antes da distribuição dos lucros, desde que a sociedade mãe mantenha essa detenção até ao esgotamento do período mínimo exigido.

O Tribunal de Justiça dissipou a divergência que se instalou, quando negou a necessidade de o período de detenção estar completo ao tempo da distribuição, com a condição de ser cumprido na integralidade num momento posterior⁹². Todavia, não se exige que os Estados-membros isentem, de forma imediata, os dividendos distribuídos sem nenhuma medida que assegure o cumprimento.

O preceito supracitado tem correspondência no artigo 1.º, número 10 da Diretiva juros e royalties que prevê “(...) o Estado-membro pode optar por não aplicar a presente diretiva a uma sociedade de outro Estado-membro ou a um estabelecimento permanente de uma sociedade de outro Estado-membro, caso as condições enunciadas na alínea b) do artigo 3º se não tenham verificado por um período ininterrupto de pelo menos dois anos”. O artigo 3.º, alínea b) elenca as condições para qualificação como sociedade associada à luz da Diretiva juros e royalties, focando a necessidade de detenção de uma participação direta mínima de 25% no capital da sociedade.

Como condição de dedução dos pagamentos de juros e royalties no Estado do devedor, a Diretiva dá a possibilidade de luta contra as práticas de localização dos devedores (do grupo, no caso das empresas multinacionais) em jurisdições de elevada tributação e dos recetores em jurisdições de baixa tributação.

⁹² *Denkavit, VITIC, Voormeer*, Processos apensos C-283/94, C-291/94 e C-292/94.

Observadas as semelhanças entre estes preceitos, passe-se à comparação entre a Diretiva mães-afiliadas e a Diretiva fusões, cisões no que respeita aos seguintes artigos:

O artigo 4.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas estipula “A presente diretiva não contém qualquer disposição que impeça o Estado-Membro da sociedade-mãe de considerar que uma sociedade afiliada é transparente do ponto de vista fiscal à luz da avaliação, por esse Estado-Membro, das características jurídicas dessa sociedade afiliada resultantes do direito ao abrigo do qual foi constituída e de, por conseguinte, tributar a sociedade-mãe pela sua parte nos lucros da sociedade afiliada consoante estes vão sendo obtidos. Nesse caso, o Estado-Membro da sociedade-mãe abstém-se de tributar os lucros distribuídos da sociedade afiliada”.

Da mesma forma, o artigo 4.º, número 3 da Diretiva fusões, cisões considera que “Sempre que (...) um Estado-Membro considere que uma sociedade contribuidora não residente é fiscalmente transparente, à luz da avaliação, por esse Estado-Membro, das características jurídicas dessa sociedade, resultantes do direito ao abrigo do qual foi constituída, e que, nesse caso, tribute os sócios pela sua parte nos lucros da sociedade contribuidora, à medida e quando estes são obtidos, o referido Estado-Membro não tributa quaisquer rendimentos, lucros ou mais-valias determinados com base na diferença entre o valor real dos elementos do ativo e do passivo transferidos e o respetivo valor fiscal”.

Dos preceitos supramencionados a título de exemplo resulta que existe, de facto, alguma cumplicidade na forma como o legislador europeu decidiu lutar contra os comportamentos abusivos nas três diretivas de harmonização relativa a determinadas matérias de tributação direta.

De seguida será feita uma comparação entre as três normas gerais anti-abuso aprovadas nas diretivas de tributação direta.

CAPÍTULO SEGUNDO

AS CLÁUSULAS GERAIS ANTI-ABUSO NA PRÁTICA EUROPEIA

1. As Três Cláusulas Gerais Anti-abuso dos Diplomas de Tributação Direta

A Autora optou por fazer uma análise das normas gerais anti-abuso presentes nas três diretivas de tributação direta, de modo a concluir se existe ou não alguma possibilidade de o teor da *nova* cláusula geral anti-abuso europeia ora aprovada na Diretiva mães-afiliadas⁹³ ter sido inspirada nas restantes duas cláusulas gerais anti-abuso europeias⁹⁴.

Em primeiro lugar, o *atual* artigo 1.º, números 2, 3 e 4 da Diretiva mães-afiliadas bem como o artigo 5.º da Diretiva juros e royalties permitem que o Estado-membro negue a aplicação do diploma em casos de abuso ou fraude fiscal.

Note-se que tanto a Diretiva mães-afiliadas como a Diretiva juros e royalties contém uma norma geral anti-abuso que permite a aplicação das disposições internas ou baseadas em acordos necessárias para evitar fraudes e abusos. Desta forma, o artigo 5.º, número 1 da Diretiva juros e royalties representa uma transcrição literal do *anterior* artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas, cuja aplicação pelo Tribunal de Justiça se assume ser uniforme e cuja letra permite que os Estados apliquem disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a fraude fiscal ou as práticas abusivas em matéria fiscal.

Segundo o artigo 5.º, número 1 da Diretiva juros e royalties, (sublinhado nosso) “A diretiva não impede a aplicação das disposições internas ou baseadas em acordos necessárias para evitar fraudes e abusos”. Esta norma tem um conteúdo idêntico ao do *anterior* artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas. Com base nestes preceitos, os Estados-membros podem retirar o benefício da aplicação das diretivas, ou recusarem-se a aplicá-las, no caso de operações que tenham como objetivo a fraude fiscal ou o abuso.

⁹³ Através da Diretiva 2015/121supramencionada.

⁹⁴ Ou seja, o artigo 15.º, n.º 1 da Diretiva fusões, cisões e o artigo 5.º, n.º 2 da Diretiva juros e royalties.

Este último preceito foi reformulado pela Diretiva 2015/121, que introduziu, no *atual* artigo 1.º, número 4 da Diretiva mães-afiliadas, a referência à “evasão fiscal” (para além da fraude e do abuso fiscal, já existentes no texto do artigo 1.º, número 2 supramencionado) enquanto prática censurada pelo diploma.

O texto do presente disposto legal está, agora, mais perto do previsto no artigo 15.º, número 1, alínea a) da Diretiva fusões, cisões, segundo qual (sublinhados nossos) “os Estados-membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4º a 14º se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1º: (a) Tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscais; o facto de a operação não ser executada por razões comerciais válidas como a reestruturação ou racionalização das atividades das sociedades que participam na operação pode constituir uma presunção de que a operação tem como principal objetivo ou como um dos principais objetivos a fraude ou evasão fiscais”.

Esta cláusula geral anti-abuso delimita negativamente o abuso, não obstante o âmbito de aplicação coincidir com o das cláusulas gerais anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas e da Diretiva juros e royalties. A operação cujo objetivo seja o abuso fiscal torna a reserva de competência do Estado-membro em causa eficaz, podendo este recusar a aplicação da diretiva.

No que respeita à primeira parte do artigo 15.º, número 1 da Diretiva fusões, cisões, este tem correspondência fiel no disposto no *atual* artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas, segundo qual (sublinhado nosso) “Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.”

O artigo 5.º, número 2 da Diretiva juros e royalties tem uma formulação ligeiramente diferente, neste aspeto, em relação à Diretiva fusões, cisões (o artigo

15.º, número 1, alínea a)) e à Diretiva mães-afiliadas (nomeadamente em relação ao artigo 1.º, números 2, 3 e 4). De acordo com esse preceito legal, (sublinhado nosso) “os Estados-Membros podem retirar o benefício da aplicação da presente diretiva, ou recusar-se a aplicá-la, no caso de operações que tenham por principal motivo, ou que se contem entre os seus motivos principais, a fraude fiscal, a evasão fiscal ou práticas abusivas”.

Este artigo representa uma base legal forte contra o fenómeno da erosão da base tributável, cujo último destinatário [dos juros e royalties] são os contribuintes residentes na União, desqualificando apenas o termo expedientes totalmente artificiais⁹⁵.

Na doutrina internacional, existem opiniões que defendem uma aplicação restrita destas normas anti-abuso de carácter geral por parte do TJUE ou dos tribunais nacionais, com base na decisão do TJUE no acórdão *Leur-Bloem* relativo à aplicação da Diretiva fusões, cisões (no que respeita à tributação direta)⁹⁶. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça focou o objetivo e o fim da diretiva, inclusive a proporcionalidade em sentido estrito e a adequação da norma interna anti-abuso em causa. Não obstante, o TJUE não clarificou a questão de saber quão longe podem ir os Estados-membros na inversão do ónus de prova quanto à presença ou ausência de razões económicas válidas nas transações.

Alguma doutrina acredita que as normas gerais anti-abuso do direito da União não acrescentam nada de novo ao poder discricionário que os Estados-membros têm à luz da doutrina geral de “abuso de direitos”.

Pelo contrário, a Autora defende que as cláusulas gerais anti-abuso continuam a atribuir aos Estados-membros um certo poder discricionário para aplicarem normas anti-abuso internas ou previstas em acordos bilaterais em derrogação das

⁹⁵ Neste sentido, o acórdão do TJUE, *Cadbury Schweppes*, Processo C-196/04 e acórdão *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Processo C-524/04.

⁹⁶ Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *idem nota de rodapé n.º 88*, p. 330.

regras das diretivas⁹⁷. Na opinião da Autora, estas normas não introduzem um novo conceito de abuso de direito da UE⁹⁸, mas *apenas* sublinham que os Estados-membros devem - mesmo que os requisitos das diretivas estejam preenchidos - negar ou limitar os benefícios das mesmas com base em normas nacionais ou convencionais em casos específicos de abuso que não poderiam ter sido previstos pelo legislador comunitário.

As cláusulas gerais anti-abuso, não obstante terem larga consagração legislativa, europeia e internacional, enfrentam várias dificuldades interpretativas, o que as torna de escassa aplicação prática.

2. Aplicação pelo Tribunal de Justiça do Princípio Geral Anti-abuso

A análise que se segue relativa à jurisprudência do Tribunal de Justiça no que respeita a aplicação de normas anti-abuso ficará necessariamente condicionada pela delimitação terminológica feita no Ponto 3.1 do Capítulo Primeiro deste estudo, entre o planeamento fiscal agressivo e o abuso fiscal.

Inicialmente, o TJUE considerou que apenas se deveria negar o acesso dos contribuintes ao direito da UE na medida em que o fator de ligação a esse direito fosse criado com artificialidade⁹⁹, faltando a substância económica real¹⁰⁰.

Há mais de dez anos, o Tribunal de Justiça estabeleceu, no acórdão *Inspire Art*¹⁰¹, que o abuso apenas pode ser analisado numa “case by case basis”. Adicionalmente, os acórdãos do TJUE, *Eurowings*¹⁰² e *Cadbury Schweppes*

⁹⁷ Salvo especificação em contrário, por “diretivas” refere-se às três diretivas de tributação direta, designadamente a diretiva juros e royalties, a diretiva fusões, cisões e a diretiva mães-afiliadas mencionadas no Ponto 3.6 do Capítulo Primeiro.

⁹⁸ As normas respeitam e configuram o abuso como o comportamento que reduz, elimina ou difere no tempo a carga fiscal, fazendo uso das normas fiscais de uma forma contrária ao propósito da sua criação. Neste sentido, Chris Atkinson – *General anti-avoidance rules: Exploring the balance between the taxpayer’s need for certainty and the Government’s need to prevent tax avoidance*, Journal of Australian Taxation, Volume 14, Issue 1, 2012, p. 3.

⁹⁹ Veja-se a título de exemplo os esquemas ou transações circulares (*U-turns*).

¹⁰⁰ *Factortame II*, Processo C-221/89, parágrafo n.º 40.

¹⁰¹ *Inspire Art*, Processo C-167/01, parágrafo n.º 105.

¹⁰² *Eurowings*, Processo C-294/97.

demonstram que o planeamento fiscal destinado a usufruir das diferenças nas legislações fiscais dos Estados-membros não é, por si só, abusivo, mesmo que a sociedade no outro Estado beneficie de um regime fiscal mais favorável. Isto permite concluir que a “jurisdiction shopping” pode ser uma forma de realização do mercado interno, desde que o estabelecimento da empresa no seu Estado de acolhimento seja genuíno (i.e., reflita realidade económica, tal como definida pelo Tribunal de Justiça no caso *Cadbury Schweppes*¹⁰³)¹⁰⁴. Na sua decisão, o TJUE citou a jurisprudência *Centros* onde considerou que uma atividade económica genuína interna pode ser adotada por uma pessoa jurídica estrangeira, mesmo que esta não tenha nenhuma atividade económica na sua jurisdição, mas cujo único objetivo seja o de contornar a legislação nacional que exige requisitos mínimos de capital¹⁰⁵.

Acrescente-se que a utilização de critérios gerais na determinação do abuso e a exclusão automática de certas transações de uma determinada vantagem fiscal poderia ir além do necessário para prevenir o abuso ou a evasão fiscal, não indo ao encontro do objetivo visado pelas diretivas. A mesma consequência nascerá da submissão desta norma anti-abuso ao poder discricionário das autoridades administrativas.

Tendo em conta o objetivo de integração num outro Estado-membro [i.e., de acolhimento], no acórdão *Cadbury Schweppes* considerou-se que o conceito de estabelecimento, na aceção das disposições do TFUE relativas à liberdade de estabelecimento, implica a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo nesse Estado por um período indefinido.

Por conseguinte, pressupõe uma implantação real da sociedade em causa no Estado-membro de acolhimento e o exercício de uma atividade económica efetiva neste¹⁰⁶.

¹⁰³ *Cadbury Schweppes*, Processo C-196/04, parágrafo n.º 66.

¹⁰⁴ *Inspire Art*, Processo C-167/01, parágrafo n.º 138.

¹⁰⁵ *Centros*, Processo C-212/97, parágrafo n.º 30.

¹⁰⁶ *Cadbury Schweppes*, Processo C-196/04, parágrafos n.º 52-54.

Conclui-se que o Tribunal de Justiça olha para a escolha da jurisdição por parte do contribuinte e, também, para o que essa opção representa para a distribuição equilibrada dos poderes tributários entre os Estados-membros

Como consequência, o direito da UE censura as normas anti-abuso, como qualquer outra restrição às liberdades fundamentais, que não sejam aplicadas de acordo com o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, as medidas tomadas pelos Estados devem ser adequadas para combater o abuso identificado e não devem ser mais restritivas do que o necessário para atingir esse objetivo. Além disso, o abuso deve ser real e as empresas envolvidas devem poder contestar, judicialmente, a presunção legal de abuso, demonstrando que a sua transação, não obstante preencher o âmbito de uma norma anti-abuso, serve o propósito da boa-fé do negócio.

Inevitavelmente, a exclusão automática de certos tipos de situações será considerada, muito provavelmente, desproporcional. No acórdão *Leur-Bloem*¹⁰⁷, o Tribunal de Justiça não aceitou esse tipo de exclusão automática. De notar que o caso *Leur-Bloem* dizia respeito à norma anti-abuso da Diretiva fusões, cisões¹⁰⁸ que, por razões inexplicáveis, tinha uma formulação diferente do *anterior* artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas. Não obstante essa diferença na letra dos dois artigos, Ben Terra e Peter Wattel consideram que a análise do Tribunal de Justiça feita no acórdão *Leur-Bloem* tem aplicação, maioritariamente, em sede do artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas¹⁰⁹. Tanto a norma do artigo 15.º da Diretiva fusões, cisões como a norma do *anterior* artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas, representam uma reserva de competência dos Estados-membros, que deve ser interpretada de forma restrita, visto que o objetivo das duas diretivas é a eliminação dos impedimentos fiscais, independentemente das motivações subjacentes às empresas envolvidas.

Regra geral, da mesma forma que a Diretiva fusões, cisões, a Diretiva mães-afiliadas tem aplicação independentemente das razões que estão subjacentes às

¹⁰⁷ *Leur-Bloem*, Processo C-28/95, parágrafo n.º 41.

¹⁰⁸ O atual artigo 15.º, n.º 1.

¹⁰⁹ Veja-se Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *idem nota de rodapé* n.º 88, pp. 330, 331.

transações, sejam elas financeiras, económicas ou simplesmente fiscais. Por consequência, o facto de a sociedade afiliada ou a sociedade mãe ter ou não uma atividade no Estado-membro da sua sede não tem, em princípio, relevância. O artigo 15.º, número 1, alínea a) da Diretiva fusões, cisões (i.e., a sua cláusula geral anti-abuso) e o *atual* artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas representam uma exceção a esta regra geral, caracterizada pelo Tribunal de Justiça como reserva de competência dos Estados-membros. Esta reserva apenas se torna eficaz na medida em que a operação tem como objetivo a evasão fiscal ou o abuso. Por outras palavras, apenas nesta situação é que os Estados-membros podem recusar os benefícios das diretivas.

É verdade que os Estados-membros podem estabelecer uma presunção de abuso na eventualidade de uma operação não ter sido implementada por razões económicas válidas. Todavia, como se observou, para a determinação do objetivo da transação, as autoridades nacionais competentes não podem aplicar critérios gerais predeterminados, mas submeter cada caso individual a uma análise geral. Como foi sublinhado, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, essa análise deve estar aberta à revisão judicial.

De notar que, na falta de orientação mais detalhada da UE relativa à aplicação da presunção mencionada na cláusula geral anti-abuso da Diretiva fusões, cisões (e, consequentemente, no artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas), cabe aos Estados-membros - cumprindo o princípio da proporcionalidade – determinar as normas necessárias à aplicação da cláusula geral anti-abuso.

3. Dificuldades na Adoção pelos Estados-membros dos Valores Resultantes da Jurisprudência Anti-abuso do TJUE

No que respeita à doutrina e à prática anti abusiva, o acórdão Cadbury Schweppes relativo às regras de imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado (as chamadas regras CFC) do Reino Unido e da Irlanda do Norte, torna-se a pedra angular.

Neste acórdão o TJUE respondeu à questão de saber se o facto de uma sociedade estabelecida num Estado-membro constituir e dotar de capitais sociedades noutro Estado-membro com o único objetivo de beneficiar do regime fiscal mais favorável em vigor neste último Estado constitui uma utilização abusiva da liberdade de estabelecimento.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça considerou que, por um lado, os nacionais de um Estado-membro não podem, com base nas facilidades criadas em virtude do TFUE, tentar subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional. Os mesmos não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas comunitárias.

Não obstante, por outro lado, o facto de se pretender tirar partido do sistema fiscal mais vantajoso em vigor num Estado-membro diferente daquele em que o nacional reside não permite, por si só, que o mesmo seja privado da possibilidade de invocar as disposições do TFUE. Adicionalmente, no que respeita à liberdade de estabelecimento, o Tribunal de Justiça já decidiu que a circunstância de a sociedade ter sido constituída num Estado-membro com o objetivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não é, por si só, suficiente para concluir pela existência de uma utilização abusiva dessa liberdade.

Seguindo o seu raciocínio, o TJUE considerou que embora as disposições do TFUE relativas à liberdade de estabelecimento (designadamente o artigo 49.º e seguintes) visem assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-membro de acolhimento, estas impedem igualmente que o Estado-membro de origem levante obstáculos ao estabelecimento noutro Estado-membro de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação.

Perante a conclusão de que a legislação nacional implica uma diferença de tratamento das sociedades residentes em função do nível de tributação que incide sobre a sociedade na qual detêm uma participação que lhes assegura o seu controlo, importa averiguar se esta restrição é admitida e se se justifica por razões imperiosas de interesse geral, designadamente a necessidade de luta contra o abuso fiscal.

Em primeiro lugar, resulta da jurisprudência que a simples circunstância de uma sociedade residente criar um estabelecimento secundário (como uma filial) noutra Estado-membro não pode gerar uma presunção geral de abuso fiscal e justificar uma medida de restrição ao exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo TFUE.

Em contrapartida, uma medida nacional que restrinja a liberdade de estabelecimento pode ser justificada quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-membro em causa¹¹⁰.

Tendo em conta o objetivo de integração no Estado-membro de acolhimento, o Tribunal de Justiça considerou neste caso que o conceito de estabelecimento, na aceção das disposições do TFUE relativas à liberdade de estabelecimento, implica a prossecução efetiva de uma atividade económica, através de um estabelecimento fixo nesse Estado por um período indefinido.

Daqui resulta que, para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objetivo específico de tal norma interna que represente uma restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional.

Neste acórdão o Tribunal de Justiça submeteu a existência de expedientes totalmente artificiais que justifiquem medidas restritivas de luta contra o abuso¹¹¹, à verificação de, por um lado, um elemento subjetivo que consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal e que resulte de elementos objetivos e, por outro lado, pese embora o respeito formal dos requisitos previstos pelo direito europeu, à

¹¹⁰ *Cadbury Schweppes*, Processo C-196/04, parágrafo n.º 51.

¹¹¹ Nesse caso, as normas CFC.

demonstração de que o objetivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento supra delimitado não foi atingido.

Por este motivo, o TJUE concluiu que a constituição de uma subsidiária num outro Estado deve corresponder a uma implantação real que tenha por objetivo a realização de atividades económicas efetivas no Estado-membro de acolhimento. Esta verificação deve assentar em elementos objetivos e comprováveis por terceiros relativos, especialmente, ao grau de existência física da empresa subsidiária em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos.

Se a verificação de tais elementos conduzir à conclusão de que a empresa subsidiária corresponde a uma implantação fictícia que não exerce qualquer atividade económica efetiva no território do Estado-membro de acolhimento, o TJUE considerou que a criação desta empresa apresenta o carácter de um expediente puramente artificial. Tal pode ser o caso, designadamente, de uma filial “caixa de correio” ou de “fachada”.

Adicionalmente, o Tribunal de Justiça exigiu ser dada a possibilidade à sociedade residente, que é a melhor colocada para este efeito, de apresentar elementos relativos à realidade da implantação da sua subsidiária e ao carácter efetivo das suas atividades.

Sabendo que a noção “expedientes totalmente artificiais” adotada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Cadbury Schweppes se tornou um “padrão geral” na determinação dos comportamentos abusivos, este alargou o seu âmbito de aplicação originário para além das normas CFC.

Por esta razão, os Estados-membros enfrentaram (e continuam a enfrentar) a dificuldade de responder ao abuso através da doutrina Cadbury Schweppes, uma vez que o critério fixado pelo Tribunal de Justiça para identificar os esquemas abusivos é muito complexo. Como se viu, o teste “expediente totalmente artificial que visa contornar a legislação nacional, sem substância económica” assenta num teste subjetivo que consiste na intenção em obter uma vantagem fiscal e num teste objetivo que implica a não concretização do fim da liberdade fundamental.

Para além destes dois testes (e, portanto, para além da motivação fiscal), a doutrina Cadbury Schweppes exige que o ato jurídico (i.e., o estabelecimento dotado de uma atividade económica genuína no Estado-membro de acolhimento) não reflita realidade económica, sendo que esta averiguação compete ao tribunal nacional.

A doutrina Cadbury Schweppes implica, pois, a prova do abuso. Nestes termos, não existirá um “artificial arrangement” na medida em que, apesar da verificação da motivação fiscal apurável objetivamente, se demonstrar que a empresa controlada (CFC) sediada no Estado-membro de acolhimento exerce aí uma atividade económica genuína.

Resulta do exposto que a demonstração pelas autoridades tributárias nacionais da artificialidade do estabelecimento é necessária e muito complexa, o que torna de difícil aplicação a doutrina Cadbury Schweppes e, conseqüentemente, as normas internas de luta contra o abuso.

Por outras palavras, não obstante a doutrina Cadbury Schweppes, a aplicação de normas internas anti-abuso (específicas ou gerais) por parte de um Estado-membro que não procedeu à transposição da norma supracitada a título de exemplo, e que tenham como efeito a limitação do direito da UE (através dessas normas de direito interno) seria um ato arriscado dos Estados que não permitem, desta forma, a eliminação da dupla tributação com base em normas de cariz nacional.

Conclui-se do exposto que a doutrina Cadbury Schweppes representou, de facto, uma esperança e um passo em frente na luta contra o abuso na distribuição de dividendos transfronteiriços no seio de um grupo de empresas (residentes e não residentes), ao mesmo tempo que acentuou a impotência dos Estados e, designadamente, das suas autoridades fiscais, em aplicarem de forma eficaz e eficiente essa jurisprudência.

4. Perspetivas Europeias e Internacionais para os Próximos Anos

Para dar cumprimento ao Plano de Ação da Comissão, a estratégia política da UE centra-se:

- a) na fixação de regras mais eficazes de transparência fiscal e da troca de informações na UE;
- b) em estabilizar as receitas fiscais dos Estados-membros;
- c) em eliminar os obstáculos fiscais à atividade económica transfronteiriça entre Estados-membros; e
- d) na luta contra a concorrência fiscal agressiva e contra a fraude fiscal.

Para atingir estes objetivos, uma das prioridades da UE é criar um pacote de medidas para um sistema de tributação mais justo, ou seja, novas regras para um sistema onde os lucros são tributados no mesmo Estado em que são gerados.

Neste sentido, as duas medidas adotadas pela UE na Diretiva mães-afiliadas (a saber, a adoção da *linking rule* anti híbridos e da cláusula geral anti-abuso supramencionadas), bem como as próximas alterações a serem feitas na Diretiva juros e royalties - que consistem na alteração do escopo da Diretiva, alargando a lista das empresas que fazem parte do seu âmbito subjetivo e reduzindo a percentagem de retenção -, são passos concretos e fortes para garantir uma justa oneração fiscal.

Ao mesmo tempo que exterioriza a sua preocupação em combater a dupla não tributação, a UE não ignora a relevância cada vez maior do fenómeno da dupla tributação dos lucros, considera como “um dos principais problemas” no ano de 2012. Neste sentido, a Comissão propôs uma diretiva sobre o Regime de tributação da base comum consolidada (o CCCTB¹¹²) enquanto instrumento facultativo desenhado para os grupos de empresas multinacionais. Todavia, uma vez que o escopo desta proposta é limitado, reconhece-se que nem todos os casos de dupla tributação serão resolvidos através deste método. No artigo 2.º e 6.º da

¹¹² COM(2011) 121, European Commission, proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), 16 March 2011.

proposta pode-se verificar que apenas as empresas elegíveis¹¹³ que optem por este sistema poderão beneficiar do regime CCCTB.

Da mesma forma, a Comissão propôs, em 11 de novembro de 2011, a revisão da Diretiva juros e royalties com o fim de promover a transparência e limitar o número de casos em que a dupla tributação pode ocorrer como resultado da aplicação de uma retenção na fonte, por parte de um Estado-membro, sobre um pagamento, e a tributação por parte de um outro Estado sobre o mesmo pagamento¹¹⁴, por se ter considerado que o escopo da Diretiva juros e royalties é demasiado limitado. Previa-se no artigo 6.º da proposta de alteração da Diretiva que o prazo de transposição para os Estados-membros era até 1 de janeiro de 2012.

Esta proposta apresentou alterações substanciais ao diploma, entre as quais, alargar a lista das empresas sujeitas à aplicação da diretiva, reduzir (de 25% para 10%) a percentagem de detenção no capital de uma sociedade para a qualificação como “sociedade associada” e acrescentar um requisito “subject to tax” para a isenção fiscal.

Visto que a proposta não foi implementada, até à data, no direito da UE, em 9 de dezembro de 2015, o Conselho comunicou que a maior parte dos Estados-membros da União devem estar focados na necessidade de progredir nos projetos europeus de luta contra o abuso, designadamente no seguimento da alteração à Diretiva mães-afiliadas¹¹⁵, analisada no Capítulo Quarto.

Na comunicação supramencionada considerou-se oportuno dividir as propostas relativas à Diretiva juros e royalties e concentrar os esforços na adoção, em primeiro lugar, de uma cláusula geral anti-abuso semelhante ao texto da norma aprovada na Diretiva mães-afiliadas infra analisada em pormenor, provavelmente substitutiva da presente norma constante no número 2 do artigo 5.º.

¹¹³ Segundo o artigo 1.º da proposta, o sistema de base comum para tributação apenas será aplicado a determinadas empresas ou determinados grupos de empresas.

¹¹⁴ COM(2011) 714, Proposal for a Council Directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, Brussels, 11 November 2011.

¹¹⁵ Council of the European Union, ECOFIN Report to the European Council on Tax issues, FISC 187 ECOFIN 968 CO EUR-PREP 50, Brussels, 9 December 2015 (OR. en).

De notar que a proposta de alteração da Diretiva juros e royalties de 11 de novembro de 2011 mantinha inalterado (no seu artigo 4.º) o conteúdo da cláusula geral anti-abuso. A proposta de preâmbulo mencionava que os benefícios da Diretiva juros e royalties apenas devem ser reconhecidos nas situações em que o lucro resultante do pagamento seja efetivamente sujeito a imposto no Estado-membro da empresa recetora ou no Estado-membro do seu estabelecimento estável¹¹⁶. Eis a manifestação da “subject to tax clause”.

Consequentemente, o artigo 1.º da Diretiva juros e royalties passava a prever (no qual o sublinhado representa a inovação trazida pela proposta) que os pagamentos de juros ou royalties gerados num Estado-membro estão isentos de todos os impostos incidentes sobre esses pagamentos no Estado em questão, quer mediante retenção na fonte quer mediante liquidação, desde que o beneficiário efetivo dos juros ou royalties seja uma sociedade de outro Estado-membro ou um estabelecimento permanente situado noutro Estado-membro de uma sociedade de um Estado-membro e desde que os lucros resultantes dos pagamentos efetuados nesse outro Estado-membro sejam efetivamente sujeitos a impostos.

O ECOFIN concentra-se, neste momento, na adoção de uma cláusula de tributação mínima eficaz (MET¹¹⁷). Nas suas reuniões de 11 e 12 de setembro de 2015 relativas à proposta de um texto para a MET, o ECOFIN concluiu que vários Estados pretendem continuar este trabalho considerando a tributação mínima eficaz como o único critério. Por outro lado, alguns Estados anseiam explorar em profundidade a combinação da regra MET com um teste substantivo (por definir). Por fim, alguns Estados opõem-se, por completo, à adoção de uma cláusula com o teor proposto para a MET.

Nas próximas páginas serão analisados os objetivos e as particularidades da Diretiva mães-afiliadas, cujas alterações representaram um progresso nos projetos europeus de luta contra o abuso.

¹¹⁶ COM(2011) 714, p. 11.

¹¹⁷ Minimum effective taxation (MET) clause.

CAPÍTULO TERCEIRO

A DIRETIVA MÃES-AFILIADAS

1. Notas Preliminares

Em 23 de julho de 1990 o Conselho aprovou a Diretiva 90/435/CEE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, com o fim de assegurar a eliminação da dupla tributação sobre as distribuições de lucros feitos por uma empresa afiliada, residente num Estado-membro, e recebidos pela empresa mãe, estabelecida num outro Estado-membro.

Com base na proposta da Comissão de 8 de setembro de 2003, a Diretiva foi alterada¹¹⁸ de forma substancial. O seu âmbito subjetivo foi alargado a outras formas jurídicas e as condições para a isenção de retenção na fonte dos dividendos foram, igualmente, “aliviadas” (através da redução da percentagem de participação mínima exigida¹¹⁹).

Em 2011 a Diretiva mães-afiliadas foi reformulada, por razões de clareza, através da Diretiva 2011/96/UE de 30 de novembro de 2011¹²⁰, que mantém, no seu artigo 3.º, número 1, alínea a) a obrigatoriedade de detenção de uma participação mínima de 10% no capital de uma sociedade de outro Estado-membro que satisfaça as mesmas condições. Todavia, os Estados-membros têm a faculdade de, por via de acordo bilateral, substituir o critério de participação no capital pelo critério de detenção de direitos de voto¹²¹.

O objetivo plasmado no seu preâmbulo prende-se com o ideal de instaurar regras fiscais neutras relativamente à concorrência, a fim de permitir que as empresas se

¹¹⁸ Diretiva 2003/123/CE de 22 de dezembro de 2003, que altera a Diretiva 90/435/CEE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes.

¹¹⁹ De notar que a redução foi constante em cada dois anos posteriores a 2003 e até 2009, num fator de 5% para cada ano, partindo de uma percentagem de 25%.

¹²⁰ E alterada pela Diretiva 2014/86/UE.

¹²¹ Artigo 3.º, n.º 2, alínea a) da Diretiva.

adaptem às exigências do mercado comum, aumentem a sua produtividade e reforcem a sua posição concorrencial no plano internacional. A Diretiva de 1990 foi desenhada de forma a eliminar os obstáculos fiscais na distribuição de lucros entre grupos de sociedades do espaço europeu, através da eliminação da retenção na fonte sobre o pagamento de dividendos entre empresas associadas de diferentes Estados-membros e prevenir a dupla tributação de empresas mães sobre o lucro das suas afiliadas.

A partir do primeiro momento da sua aprovação enquanto Diretiva 90/434/ECC, de 1990, a Diretiva mães-afiliadas foi concebida para evitar a dupla tributação da distribuição dos lucros de uma subsidiária localizada num Estado-membro à sua sociedade mãe, localizada num outro Estado-membro. A Diretiva exige o preenchimento de quatro pressupostos para a sua aplicação:

- i). a empresa mãe deter, pelo menos 10% no capital da subsidiária;
- ii). as duas empresas terem uma das formas jurídicas elencadas no Anexo;
- iii). as duas empresas serem estabelecidas em Estados-membros da UE;
- iv). as duas empresas estarem sujeitas ao imposto sobre as empresas num Estado-membro.

Como se viu, a Diretiva sofreu várias alterações, acompanhando a adesão de vários países à UE, com uma redução progressiva da percentagem de detenção mínima obrigatória no capital da empresa subsidiária (de 25% na Diretiva 90/435/ECC para 20% a partir de janeiro de 2005, baixando para 15% em janeiro de 2007 até 10% em janeiro de 2009).

No momento da penúltima alteração da Diretiva, em 2011 assumiu-se que esta foi inicialmente concebida para prevenir que os grupos de empresas sejam tributados duas vezes sobre o mesmo rendimento. Verificou-se através dos documentos de consulta pública da iniciativa da Comissão que algumas empresas exploraram as normas da Diretivas e as disparidades entre as legislações dos Estados-membros,

para evitar a carga fiscal em qualquer Estado-membro (dando lugar a fenómenos de dupla não tributação)¹²².

De recordar que a Diretiva mães-afiliadas foi adotada para evitar a dupla tributação económica sobre a distribuição de dividendos entre Estados-membros, prevendo um regime de isenção de imposto, assegurando um plano saudável de transações entre investidores nacionais e os que apostam nas transações transfronteiriças.

Como salvaguarda do fim da Diretiva, a Comissão adotou, através da Diretiva 2015/121 supramencionada, uma *nova* cláusula geral anti-abuso, enquanto *minimis rule*, de forma a permitir aos Estados a adoção de normas anti-abuso mais rigorosas ou normas específicas anti-abuso domésticas ou normas de acordos de dupla não tributação. Esta norma, analisada em pormenor no Capítulo Quarto, autoriza os Estados a ignorarem os expedientes artificiais utilizados com fins abusivos e permite que a tributação se faça com base na substância económica.

Veja-se de seguida a delimitação dos âmbitos de aplicação da Diretiva mães-afiliadas.

2. Âmbitos de Aplicação da Diretiva Mães-afiliadas

2.1. Âmbito Subjetivo

O objetivo da Diretiva é, de acordo com o seu preâmbulo, o de isentar de retenção na fonte os dividendos e outros tipos de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades mãe, bem como suprimir a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade mãe.

Uma sociedade qualificar-se-á para os benefícios da presente Diretiva se preencher os seguintes requisitos:

¹²² STATEMENT/15/3720 European Commission – Commissioner Moscovici Welcomes the Adoption of Measures Against Tax Evasion and Aggressive Tax Planning, Brussels, 27 January 2015. Também PRESSE 352 PR CO 36, Council of the European Union, PRESS RELEASE, 3324th Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Luxembourg, 20 June 2014, 11124/14 (OR. en) e FISC 92 ECOFIN 529, Council of the European Union, Interinstitutional File: 2013/0400 (CNS), Brussels, 3 June 2014.

- i). revestir uma das formas enumeradas na Parte A no Anexo I¹²³;
- ii). ser considerada como tendo num Estado-membro o seu domicílio fiscal de acordo com a sua legislação doméstica e não seja considerada, simultaneamente, como tendo domicílio fiscal fora da União ao abrigo de uma Convenção para evitar a dupla tributação¹²⁴;
- iii). estar sujeita a um dos impostos enumerados na Parte B do Anexo I, sem possibilidade de opção ou de isenção, ou a qualquer outro imposto que substitua um dos impostos previstos naquele Anexo.

Adicionalmente, a Diretiva apenas tem aplicação às distribuições de lucros efetuadas entre sociedades de Estados-membros da União elencadas de seguida.

2.1.1. Estatuto de Sociedade Mãe e de Sociedade Afiliada

O âmbito subjetivo da Diretiva mães-afiliadas é preenchido pelas condições de reconhecimento de sociedade mãe, de sociedade afiliada e de estabelecimento estável, nos termos infra explicados.

i). Estabelecimento estável

Antes da alteração introduzida pela Diretiva 2003/123/CE de 22 de dezembro de 2003, a Diretiva ignorava por completo os estabelecimentos estáveis de sociedades, facto esse que levantou inúmeras controvérsias. Hoje é evidente que a tributação dos dividendos recebidos por um estabelecimento estável situado num Estado-membro será contrária ao objeto e fim da Diretiva¹²⁵.

¹²³ Artigo 2.º, alínea a), subalínea i) da Diretiva.

¹²⁴ Artigo 2.º, alínea a), subalínea ii) da Diretiva.

¹²⁵ Acrescenta-se que dos acórdãos do TJUE, *Avoir Fiscal* (Processo C-270/83) e *Saint Gobain* (Processo C-307/97) resulta que o direito de estabelecimento previsto no artigo 49.º do TFUE exige que os Estados tratem o estabelecimento estável de empresas não residentes na UE da mesma forma que as empresas residentes.

A partir dessa data, a Diretiva mães-afiliadas prevê no seu artigo 4.º, número 1 que tanto o Estado da sociedade mãe como o Estado do estabelecimento estável não devem tributar os dividendos recebidos¹²⁶.

De forma a dar plena eficácia a estas alterações, foi introduzida uma definição de estabelecimento estável num parágrafo autónomo da Diretiva. Segundo este termo, o estabelecimento estável é composto por qualquer instalação fixa, situada num Estado-membro, através da qual uma sociedade de outro Estado-membro exerce, no todo ou em parte, a sua atividade, na medida em que os lucros dessa instalação fixa sejam sujeitos a imposto no Estado-membro em que estiver situada, por força da convenção fiscal bilateral aplicável ou, na ausência de tal convenção, por força do direito interno¹²⁷.

Esta definição segue de perto a noção de “estabelecimento estável” adotada pela CM-OCDE no seu artigo 5.º, número 1 e pela Diretiva juros e royalties, no seu artigo 3.º, alínea c).

O objetivo destas normas (e da Diretiva mães-afiliadas em particular) é assegurar que o estabelecimento estável que recebe dividendos está numa posição fiscal comparável a uma sociedade mãe doméstica para os fins da Diretiva.

ii). Sociedade mãe e sociedade afiliada

A sociedade ou o estabelecimento estável, uma vez reconhecidos como “sociedades de um Estado-membro”, não usufruem, de forma automática, dos benefícios da Diretiva. O artigo 3.º prevê, ainda, duas condições para a qualificação de sociedade mãe ou sociedade afiliada.

¹²⁶ No mesmo sentido, veja-se a menção no artigo 1.º, n.º 1, alínea c) à aplicação da Diretiva aos dividendos recebidos pelo estabelecimento estável (Estado A) de uma sociedade (Estado B) pago por uma afiliada (Estado C ou Estado B); e alínea d) – dividendos pagos a um estabelecimento estável (Estado A) de uma sociedade (Estado B) por uma afiliada do Estado B.

¹²⁷ Artigo 2.º, alínea b) da Diretiva.

Em primeiro lugar, o requisito de detenção mínima (gradualmente baixa)¹²⁸ faz com que os Estados-membros tenham de reconhecer a qualidade de sociedade mãe a uma empresa que detenha, pelo menos, 10% no capital de uma sociedade de outro Estado-membro que satisfaça as condições previstas no artigo 2.^º¹²⁹. Os Estados-membros têm a faculdade de reconhecer o estatuto de sociedade mãe e sociedade afiliada igualmente a sociedades controladas por participações mais baixas do que as mencionadas supra. Alguns Estados-membros¹³⁰ consideram que uma percentagem de 5% é suficiente.

Adicionalmente, a Diretiva permite que os Estados-membros possam substituir, de forma bilateral, o requisito de participação mínima pelo de detenção de direitos de voto nos seus acordos fiscais com outros Estados-membros.

Em segundo lugar, os Estados-membros devem negar o estatuto de sociedade mãe ou afiliada se a detenção da participação não for mantida por um período mínimo ininterrupto de dois anos¹³¹. Esta norma anti-abuso visa evitar a concentração não duradoura de pequenas participações, com a perspetiva de uma futura distribuição após a qual as participações detidas por tempo limitado serão transferidas de volta para os seus detentores originários¹³².

Uma vez que os Estados-membros podem optar por não aplicarem o período mínimo acima descrito, têm a faculdade de fixarem um período mais curto do que o previsto no disposto legal. Apesar de muitos Estados-membros estabelecerem como período mínimo um ano, Portugal optou por um regime diferente, mais próximo da Diretiva, exigindo – tanto para as situações de dividendos *outbound*, como para as de dividendos *inbound* – uma detenção

¹²⁸ Artigo 3.º, n.º 1, alínea a), subalínea i) da Diretiva mães-afiliadas.

¹²⁹ Vide os requisitos mencionados a propósito do âmbito subjetivo. Como se observou, a percentagem exigida no artigo 3.º foi introduzida na alteração de 2009, mantendo-se na atual redação.

¹³⁰ Veja-se o exemplo português no artigo 14.º, n.º 3, alínea c) e artigo 51.º, n.º 1, alínea a) do Código do IRC na redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro de 2014, conforme declaração de Retificação n.º 18/2014, de 13 de março.

¹³¹ Artigo 3.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva.

¹³² Todavia, atenta a constante diminuição da percentagem da detenção, este tipo de abuso será menos frequente.

direta ou direta e indireta pelo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à distribuição ou à colocação à disposição, respetivamente¹³³.

2.2. Âmbito Objetivo

Os comportamentos abusivos objeto da Diretiva mães-afiliadas e analisados nestas páginas respeitam à distribuição de lucros, sob forma de dividendos, entre empresas afiliadas e empresas mãe¹³⁴. Em termos genéricos, os dividendos analisados neste estudo serão entendidos como distribuição sobre uma parte do capital de uma empresa ou, por outras palavras, como pagamento de lucros por uma entidade – contribuinte – a uma outra que detém nessa uma certa percentagem. O regime fiscal aplicado ao detentor de participações (i.e., à empresa mãe) e ao emitente ganha especial relevância para o planeamento do destino dos dividendos. No que respeita ao emitente (i.e., à empresa subsidiária), os dividendos não são, geralmente, dedutíveis, facto este tomado em consideração na esfera do titular das participações. Independentemente do sistema aplicado à tributação dos dividendos, os Estados garantem, por norma, uma “participation exemption” aos dividendos de certas origens. Nestas situações, a necessidade de uma norma anti-abuso é reduzida.

Atenta esta explicação, os Estados-membros aplicam a Diretiva mães-afiliadas:

- i). à distribuição dos lucros obtidos por sociedades desse Estado-membro das suas afiliadas de outros Estados-membros (dividendos *inbound*);
- ii). à distribuição dos lucros efetuada por sociedades desse Estado-membro a sociedades de outros Estados-membros de que aquelas sejam afiliadas (dividendos *outbound*);

¹³³ Vejam-se os artigos 14.º, n.º 3, alínea d) e artigo 51.º, n.º 1, alínea b) do Código do IRC, na Redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro.

¹³⁴ Para uma análise das modalidades de evitar o imposto devido, como a alteração da fonte do investimento, redução da taxa de imposto sobre os dividendos, alteração do “timing” da distribuição dos dividendos, vide Peter H. Blessing – *Domestic and treaty anti-abuse rules as applied to dividends*, in Guglielmo Maisto [coord.], *Taxation of intercompany dividends under tax treaties and EU law*, EC and International Tax Law Series - Volume 8, IBFD, 2012, pp. 112-114.

- iii). à distribuição dos lucros obtidos por estabelecimento estável [sedado num Estado-membro], de sociedade fixada noutro Estado-membro, e provenientes das suas afiliadas instaladas num Estado-membro diferente do Estado do estabelecimento estável;
- iv). à distribuição dos lucros efetuada por sociedades de um Estado-membro a estabelecimentos estáveis, situados noutro Estado-membro, de sociedades desse mesmo Estado de que aquelas sejam afiliadas.

Em suma, a tributação de dividendos transfronteiriços na União apenas é harmonizada no que toca a certos pagamentos de lucros entre empresas. A Diretiva mães-afiliadas abrange os dividendos que “circulam” entre os tipos mais comuns de empresas tratadas como fiscalmente não transparentes no seu Estado de estabelecimento, dado que tanto a empresa mãe como a afiliada estão sujeitas ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no Estado-membro do seu domicílio fiscal e a empresa mãe detém pelo menos 10% do capital da subsidiária.

No que respeita ao âmbito geográfico da Diretiva, este parece estar limitado a sociedades estabelecidas dentro da União e, na eventualidade de o lucro distribuído ser atribuído ao estabelecimento estável da sociedade mãe, este terá a sua residência na UE também. Todavia, no que respeita a dividendos pagos ou recebidos por uma empresa residente fora da União, ver-se-á neste estudo que a conclusão pode ser diferente.

Não obstante, dada esta abordagem limitada, uma quantidade considerável de lucros distribuídos que possuem umnexo subjetivo e territorial com a jurisdição fiscal de um Estado-membro – e, portanto, passível de tributação aí – não é abrangida pela Diretiva. Estão nesta situação os dividendos recebidos por sujeitos passivos, pessoas singulares.

Quanto a estes rendimentos não abrangidos pela Diretiva, cabe ao Estado em causa determinar se [e em que medida] irá exercer os seus poderes de tributação. Cada Estado tem a liberdade para organizar o seu sistema de tributação dos dividendos distribuídos e para definir a base fiscal e a taxa de

imposto aplicada ao sujeito que distribui os lucros e ao que recebe os dividendos.

Da mesma forma, está na discricionariedade dos Estados a decisão de adotar¹³⁵, e em que medida, mecanismos para prevenir ou eliminarem a [eventual] dupla tributação económica resultante da distribuição de lucros entre empresas. Deve-se tomar em consideração que o exercício da competência dos Estados em matéria de tributação dos dividendos deverá ser de acordo com o direito primário e secundário da União¹³⁶. Os Estados são proibidos de implementarem medidas que colidam com a liberdade de circulação assegurada pelo Tratado da União Europeia.

3. O Sistema de Eliminação da Dupla Tributação Internacional Económica

3.1. Dividendos *Inbound*

O artigo 4.º, número 1 da Diretiva mães-afiliadas deixa aos Estados margem para eliminarem a dupla tributação económica através da isenção dos dividendos *inbound* ou através da atribuição de um crédito indireto pelo imposto pago. Mesmo conduzindo a resultados diferentes¹³⁷, os métodos são, em teoria, considerados equivalentes e cabe à discricionariedade do Estado decidir qual deles irá aplicar.

O artigo 4.º permite que o Estado aplique em simultâneo os dois métodos de eliminação da dupla tributação, no sentido em que pode optar pelo método “A” nas suas relações com um (ou vários) Estado(s), sendo que o método “B” terá aplicação nas suas relações com os restantes Estados-membros. Aliás, o Estado tem a faculdade de optar pela aplicação dos dois métodos nas suas relações com as diferentes subsidiárias de um mesmo Estado, devendo-se a variação às condições específicas do pagamento de dividendos, tal como a variação da taxa de imposto¹³⁸.

¹³⁵ Unilateralmente o através de acordo entre Estados.

¹³⁶ *Amurta*, Processo C-379/05, parágrafo n.º 35.

¹³⁷ *Test Claimants Group Litigation*, Processo C-446/04, parágrafos n.º 43, 44.

¹³⁸ Georg Kofler – *Chapter 12: Direct applicability and direct effect*, in Cécile Brokelind (coord.), *Principles of law: Function, status and impact in EU tax law*, IBFD, 2014, p. 14.

Segundo o artigo 4.º, os lucros distribuídos pela subsidiária após a tributação do seu rendimento, e recebidos pela sociedade mãe (ou pelo seu estabelecimento estável) num outro Estado-membro, não devem sofrer dupla tributação económica “nas mãos” desta última. Para tal, o artigo 4.º, número 1 prevê que a sociedade mãe deve:

- a). abster-se de tributar o rendimento de dividendos (método de isenção)¹³⁹ ou
- b). tributar esses lucros, autorizando a sociedade mãe e o seu estabelecimento estável a deduzirem do montante do imposto devido a fração do imposto sobre as sociedades paga sobre tais lucros pela sociedade afiliada e por qualquer sociedade sub-afiliada, na condição de cada sociedade e respetiva sociedade sub-afiliada estarem abrangidas pelas definições constantes do artigo 2.º e satisfazerem em cada nível os requisitos previstos no artigo 3.º, até ao limite do montante correspondente ao imposto devido (crédito indireto)¹⁴⁰.

De notar que, não obstante a Diretiva permitir tanto o método de isenção como o de atribuição de crédito fiscal, a jurisprudência atual do Tribunal de Justiça indica que, de modo a eliminar a dupla tributação de forma eficaz à luz do direito da UE, o método da isenção e o da atribuição de crédito não são equivalentes, sendo mais eficaz e preferível o método da isenção¹⁴¹.

Conforme se observou no Ponto 3.5 do Capítulo Primeiro, o Conselho adotou, no dia 8 de julho de 2014, a cláusula específica anti-abuso, aplicada aos dividendos *inbound*, que alterou o artigo 4.º, número 1, alínea a) da Diretiva de modo a permitir a isenção de tributação [apenas] *na medida em que [os lucros] não sejam dedutíveis pela filial, e tributar esses lucros na medida em que sejam dedutíveis pela filial*¹⁴².

¹³⁹ Artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva.

¹⁴⁰ Artigo 4.º, n.º 1, alínea b) da Diretiva.

¹⁴¹ *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Processo C-35/11 e Marjaana Helminen – *Chapter 17: The principle of elimination of double taxation under EU law – Does it exist?* in Cécile Brokelind (coord.), *Principles of law: Function, status and impact in EU tax law*, IBFD, 2014, pp. 7, 8.

¹⁴² Artigo 1.º da Diretiva 2014/86/UE.

Através do artigo 51.º, número 10, alínea a) do Código do IRC, o regime português adotou este regime da eliminação da dupla tributação económica de lucros e das reservas distribuídos.

3.2. Dividendos *Outbound*

O artigo 5.º da Diretiva estabelece como regra principal, com efeito direto¹⁴³, o dever do Estado-membro da afiliada isentar os dividendos de retenção na fonte. A isenção na fonte aí prevista é obrigatória, não sendo possível aos Estados-membros optarem por reter na fonte imposto sobre os dividendos pagos pela afiliada e obterem, posteriormente, um reembolso a nível da sociedade mãe¹⁴⁴.

Para além do previsto no artigo 7.º, número 1 da Diretiva¹⁴⁵, o Tribunal de Justiça considera por “retenção na fonte” qualquer imposto sobre o rendimento auferido por uma sociedade mãe de uma subsidiária estabelecida num outro Estado-membro, e cujo facto gerador é o pagamento dos dividendos¹⁴⁶.

No mesmo sentido, o artigo 14.º, número 3 do Código do IRC português, na sua redação dada pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, prevê a isenção dos lucros e reservas que uma entidade residente em território português, sujeita e não isenta de imposto sobre as pessoas coletivas e não abrangida pelo regime de transparência fiscal, coloque à disposição de uma entidade que preencha os requisitos aí elencados. Naturalmente, a isenção aqui prevista não é oponível ao Estado-membro da sociedade mãe no sentido de obrigar esse Estado à isenção ou à atribuição de um crédito fiscal. Nas palavras de Vogel, o direito

¹⁴³ Veja-se o acórdão do TJUE de 14 de dezembro de 2006, *Denkavit*, Processo C-170/05, parágrafos n.º 27, 28 e 29, onde o Tribunal de Justiça considerou que é suficientemente claro e incondicional para ter efeito direto.

¹⁴⁴ Exceto a situação prevista no artigo 3.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva.

¹⁴⁵ Que delimita negativamente o termo “retenção na fonte”, não abrangendo a retenção a título de pagamento por conta do imposto sobre as sociedades ao Estado-membro em que está situada a afiliada, efetuado em ligação com a distribuição de lucros à sociedade mãe.

¹⁴⁶ Vide acórdão do TJUE de 12 de dezembro de 2006, *Test Claimants Group Litigation*, Processo C-446/04, parágrafos n.º 108 e 109.

internacional proíbe a imposição de um ato de soberania de um Estado a um outro território¹⁴⁷.

Este princípio da territorialidade formal tem aplicabilidade, em especial a atos que pretendem reforçar normas domésticas de um outro Estado¹⁴⁸. Os termos “recebido” e “distribuído a” presentes nos artigos 4.º e 5.º da Diretiva são interpretados uniformemente. O termo “distribuídos” presente no artigo 5.º merece a mesma interpretação que o termo “obtenha [ou receba]” referido no artigo 4.º, significando que a isenção de retenção na fonte mencionada no artigo 5.º deve ser aplicada quando uma subsidiária qualificada distribui dividendos a uma empresa que preenche os requisitos previstos no artigo 2.º e à qual os dividendos são alocados de uma perspectiva civil e fiscal do Estado-membro do seu estabelecimento. Ou seja, os dois conceitos são interpretados de acordo com o direito fiscal do Estado-membro de residência.

De acordo com o Tribunal de Justiça, importa considerar a letra dos artigos, mas também o objetivo e contexto do diploma de que fazem parte. Neste sentido é de relembrar que o objetivo da Diretiva é o de prosseguir a neutralidade fiscal entre empresas mãe qualificadas e as suas subsidiárias no mercado interno. No seu preâmbulo lê-se “para garantir a neutralidade fiscal, torna-se necessário isentar de retenção na fonte os lucros que uma sociedade afiliada distribui à sua sociedade mãe¹⁴⁹”.

Neste sentido, o TJUE sublinhou que os Estados-membros podem procurar orientação e traçar *guidelines* a partir da prática internacional e a partir da CM-OCDE. Dai resulta que os Estados-membros já não são independentes no que respeita à distribuição do rendimento de uma empresa residente para um outro Estado-membro¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Klaus Vogel – *Double taxation conventions: A commentary to the OECD, UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital*, 3rd edition, Kluwer Law International, 1997, pp. 11, 12.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Parágrafo n.º 8 do preâmbulo da Diretiva.

¹⁵⁰ Ton Stevens, Dr Gijs Fibbe – *Taxation of hybrid entities under the Parent-subsidiary Directive: The example of the Netherlands*, EC Tax Review, Volume 20, Issue 5, Kluwer Law International, 2011, pp. 253, 254.

4. O *Outro* Escopo da Diretiva Mães-afiliadas

Não obstante a doutrina estar dividida quanto à questão de saber se o fenómeno da dupla não tributação deva ser perspectivado como um problema político que deva ser resolvido por cada Estado, a OCDE e a Comissão têm uma opinião muito clara neste aspeto. Da perspectiva da OCDE, a dupla não tributação resultante de transações internacionais que conduza à erosão da base tributável não é desejada por nenhum Estado contratante e é contrária aos objetivos da política interna e aos padrões internacionais. Igualmente, a Comissão entende que tais transações são prejudiciais para as receitas fiscais internas de cada Estado-membro e para o funcionamento do mercado interno.

Para responder de forma satisfatória aos problemas colocados pelo fenómeno da dupla não tributação resultante dos comportamentos agressivos, a OCDE e a Comissão adotaram algumas iniciativas, como se analisou no Ponto 3.5 do Capítulo Primeiro. Conforme se expôs neste estudo, em 2013, a OCDE e o G20 publicaram o Relatório BEPS e um Plano de Ação sobre a Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros. Antecipando-se à OCDE, a Comissão promoveu, em 29 de fevereiro de 2012, uma consulta pública sobre a dupla não tributação, cujo Relatório das respostas foi publicado em 5 de julho de 2012¹⁵¹, seguido da Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo¹⁵². Na sequência destas iniciativas, a OCDE e a Comissão identificaram vários domínios afetados pelo abuso e pela fraude fiscal.

No mesmo sentido e com o mesmo objetivo, a Comissão propôs a adoção de uma cláusula geral anti-abuso no artigo 1.º da Diretiva mães-afiliadas que visa prevenir a utilização de dividendos e outras distribuições de lucros pagos por uma subsidiária às suas empresas mães de forma inapropriada com fim abusivo, lutando contra um [ou um conjunto de] expediente artificial não motivado por razões económicas válidas¹⁵³.

¹⁵¹ TAXUD D1 D(2012), European Commission, Summary Report of the Responses Received on the Public Consultation on Factual Examples and Possible Ways to Tackle Double Non-Taxation Cases.

¹⁵² C(2012) 8806.

¹⁵³ Veja-se a supramencionada Diretiva 2015/121.

O artigo 1.º da Diretiva confirma que na presença de razões económicas válidas não se verifica a falta de genuinidade da transação e vice-versa. Nem o texto da Diretiva nem o seu preâmbulo fixam com clareza os limites destes dois conceitos.

A *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE é composta por dois elementos:

- (i) um teste subjetivo que avalia se o esquema é adotado com o principal ou um dos principais objetivos de obter uma vantagem fiscal da Diretiva mães-afiliadas; e
- (ii) um teste objetivo que verifica a falta de realidade económica do esquema fiscal adotado.

Na verdade, e como se terá oportunidade de demonstrar infra, os dois testes mitigam-se num só elemento “chave”.

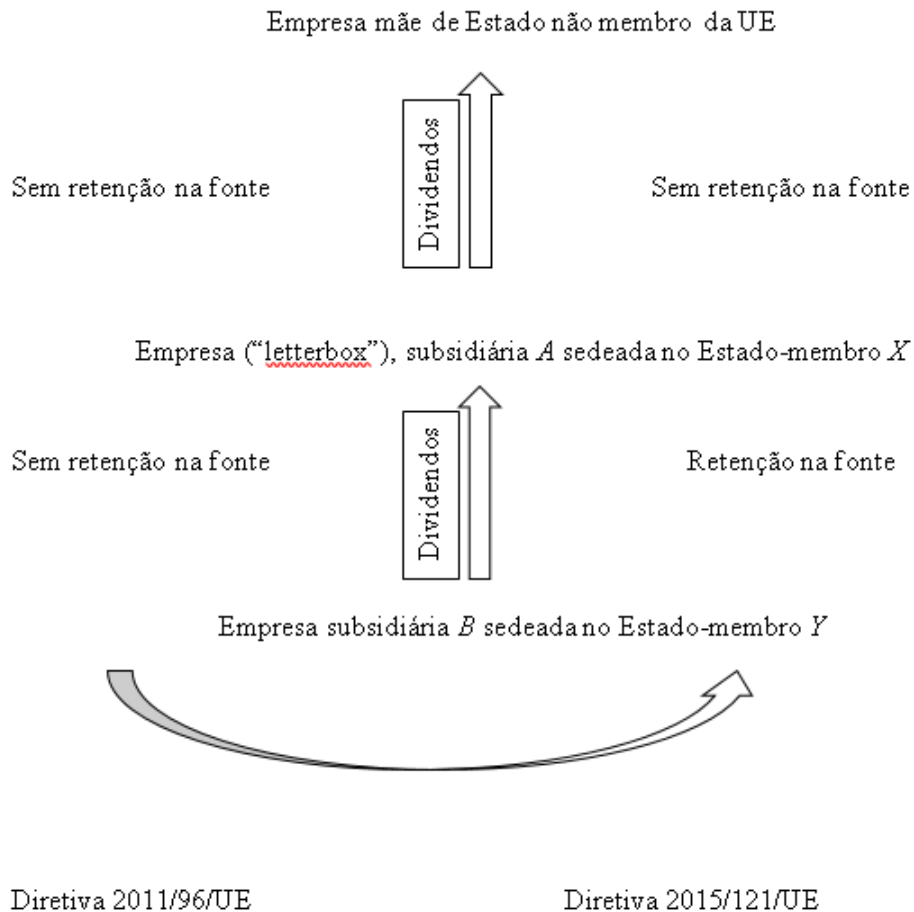
A norma geral responde aos fenómenos de estabelecimento de empresas “letterbox” ou *de fachada*, constituídas para usufruir as vantagens da Diretiva mães-afiliadas, conforme se pode observar no exemplo que se segue.

Imagine-se que uma empresa mãe (residente num Estado não membro da UE) detém uma percentagem de participações na subsidiária A, residente no Estado “x”, membro da UE, que, por seu turno, detém uma participação (suficiente para cumprir os requisitos da Diretiva) na empresa B, residente no Estado-membro “y”. Esta última empresa paga dividendos à subsidiária A que pagará os seus dividendos à empresa mãe. Sabendo que o Estado-membro “y” impõe uma retenção sobre os dividendos e que o Estado-membro “x” não o faz, sendo que a subsidiária residente neste último Estado beneficia da aplicação da Diretiva mães-afiliadas para isentar de retenção na fonte os lucros no Estado-membro “y”, poderá concluir-se que o objetivo da subsidiária A é o da [dupla] não tributação indevida.

Se a *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE tivesse aplicação no caso supra, o Estado “y” teria o poder de invocar o artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas para prevenir este esquema não genuíno, visto a empresa A (“letterbox”) não ter substância económica. A consequência seria, neste caso, a negação dos benefícios da Diretiva, pelo que os dividendos pagos à subsidiária A estariam sujeitos a imposto no Estado-membro “y” (que fará a retenção na fonte

como se o pagamento fosse feito diretamente à empresa mãe residente no Estado terceiro) e os esquemas sem realidade económica engenhados pela empresa mãe seriam, consequentemente, desconsiderados.

O que se afirmou supra pode ser reconduzido ao seguinte esquema:



Para uma melhor densificação do que foi dito, o próximo Capítulo será dedicado à *nova* norma anti-abuso do direito da UE, sendo feito um enquadramento teleológico, histórico, seguido de uma análise da sua transposição pelos Estados-membros da União e do seu impacto nas legislações internas e nas transações dentro do espaço europeu.

CAPÍTULO QUARTO

A NOVA CLÁUSULA GERAL ANTI-ABUSO NA DIRETIVA MÃES-AFILIADAS

1. Enquadramento Geral

O planeamento fiscal agressivo tornou-se uma prioridade na política internacional. As instituições europeias apostam na moralidade e no imperativo económico de garantir uma justa tributação entre os vários tipos de rendimento¹⁵⁴. Considera-se que o acréscimo de lucros (sem aumentar os impostos) permitirá aos Estados novos investimentos na criação de emprego, em programas de crescimento e infraestruturas. Numa altura em que a Europa ainda se confronta com as consequências da crise, a UE não se pode dar ao luxo de não agir.

Concluiu-se neste estudo que a dupla não tributação priva os Estados-membros de receita fiscal e promove uma concorrência injusta no Mercado Único. Como forma de combate a este fenómeno, na sua proposta de resolução de 21 de maio de 2013¹⁵⁵, o Parlamento Europeu sugeriu à Comissão a investigação do problema relacionado com os esquemas híbridos entre sistemas fiscais distintos, bem como a apresentação de uma proposta de alteração da Diretiva mães-afiliadas com vista à reformulação da norma geral anti-abuso, direcionada à eliminação ou à redução da dupla não tributação no espaço europeu.

No seu Plano de Ação de fortalecimento da luta contra a fraude e a evasão fiscal e na sua Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo, a Comissão apoiou a implementação de uma cláusula geral anti-abuso no ordenamento jurídico de cada um dos 28 Estados-membros. Estas normas anti-abuso seriam destinadas a eliminar comportamentos que, não obstante estarem de acordo com a letra da lei fiscal, contrariam o seu espírito e fim com o objetivo de proporcionar vantagens fiscais indevidas. A Comissão sublinhou que a sua Recomendação não tem

¹⁵⁴ Recorde-se que a moralidade fiscal não é um princípio jurídico, não podendo, por isso, ser utilizada como princípio interpretativo da lei fiscal. Neste sentido, Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, p. 261.

¹⁵⁵ 201372060(INI).

aplicação no que respeita o escopo da Diretiva mães-afiliadas, mas apresentou a sua proposta à alteração desta Diretiva, que se concretizou, posteriormente, na adoção de uma *nova* cláusula geral anti-abuso no artigo 1.º, número 2 do diploma.

O texto inicialmente proposto pela Comissão¹⁵⁶ para esta cláusula tinha o seguinte conteúdo: “2. A presente diretiva não impede a aplicação das disposições nacionais ou convencionais necessárias para evitar a evasão fiscal.”

A Comissão propôs a inserção do seguinte artigo 1.º-A na Diretiva mães-afiliadas:

“1. Os Estados-Membros devem retirar o benefício da presente diretiva em caso de montagem artificial ou de uma série artificial de montagens, que tenha sido posta em prática com o objetivo principal de obter uma vantagem fiscal indevida ao abrigo da presente diretiva e que seja incompatível com o objetivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais invocadas. 2. Constitui uma montagem artificial ou parte de uma série artificial de montagens uma transação, um regime, uma ação, uma operação, um acordo, um entendimento, uma promessa ou um compromisso que não reflitam a realidade económica. Para determinar se uma montagem ou uma série de montagens é artificial ou não, os Estados-Membros devem examinar, em especial, se essas montagens dizem respeito a uma ou várias das seguintes situações:

- (a) A qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõem a montagem é incompatível com a natureza jurídica da montagem no seu conjunto;
- (b) A montagem é levada a cabo de um modo diferente do que seria normalmente usado no âmbito de uma conduta empresarial razoável;
- (c) A montagem inclui elementos que têm como efeito compensar-se ou anular-se entre si;
- (d) As transações concluídas são de natureza circular;
- (e) A montagem resulta num benefício fiscal significativo que não se reflete nos riscos empresariais assumidos pelo contribuinte ou nos seus fluxos de caixa.

¹⁵⁶ Vide a COM(2013) 814, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, 25 November 2013.

3. No artigo 4.º, n.º 1, a alínea a) passa a ter a seguinte redação: «a) Abstem-se de tributar esses lucros, na medida em que esses lucros não sejam dedutíveis pela afiliada da sociedade-mãe; ou»”.

Os números 1 e 2 do artigo 1.º-A proposto representam a materialização de uma cláusula geral anti-abuso no texto da Diretiva mães-afiliadas, sendo que o número 3 supra consiste numa cláusula específica anti-abuso de luta contra o fenómeno da dupla não tributação.

Conforme se demonstrou no Ponto 3.5 do Capítulo Primeiro, o proposto artigo 1.º-A, número 3 supracitado foi adotado, em termos ligeiramente diferentes, através da Diretiva 2014/86/UE, de 8 de julho de 2014, com o texto “Abstem-se de tributar esses lucros na medida em que não sejam dedutíveis pela filial, e tributam esses lucros na medida em que sejam dedutíveis pela filial, ou».”.

No que respeita à cláusula geral anti-abuso, após quase um ano de discussão acerca do conteúdo da *nova* norma geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas nos órgãos de preparação do Conselho, com alguns Estados a desejarem reproduzir *ipsis verbis* a formulação do “principal purpose test” da OCDE¹⁵⁷, e com a Comissão a preferir copiar as palavras da jurisprudência do TJUE, houve, finalmente, um acordo político, em 9 de dezembro de 2014, de substituição do número 2 do artigo 1.º da Diretiva mães-afiliadas pela Diretiva 2015/121, com o seguinte teor: “2.Os Estados-Membros não concedem os benefícios da presente diretiva a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da presente diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte. 3. Para efeitos do n.º 2, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica. 4. A presente diretiva não obsta a que sejam

¹⁵⁷ Analisado no Ponto 2 do Capítulo Oitavo.

aplicadas as disposições nacionais ou convencionais necessárias para prevenir a evasão fiscal, a fraude fiscal ou práticas abusivas em matéria fiscal¹⁵⁸.”.

Antes do acordo político de dezembro de 2014, a Diretiva mães-afiliadas a norma geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas tinha caráter facultativo. Para mitigar essa “falha”, a Diretiva autorizava - sem impor – os Estados-membros a aplicarem normas de luta contra o abuso adaptadas ao escopo da Diretiva. O artigo 1.º, número 2 supra analisado previa que “a Diretiva não prejudica a aplicação normas internas ou de tratados para evitar o abuso ou a evasão fiscal”. Esta autorização foi considerada insuficiente visto que as normas internas ou de tratados podem ter níveis diferentes de rigorosidade e são desenhadas de modo a espelhar as particularidades do sistema fiscal de cada Estado.

Por outro lado, Estados-membros há que não tomaram nenhuma medida de implementação deste tipo de norma anti-abuso. Na falta de transposição, a autorização para aplicar cláusulas anti-abuso não tem nenhum efeito jurídico. Por essa razão, considerou-se que a adoção de uma norma anti-abuso comum ajudará a prevenir abusos da Diretiva mães-afiliadas e garantirá uma maior coerência na sua aplicação. Consequentemente, a nova norma geral assume o papel de uma *minimum rule*, implicando a obrigação por parte dos Estados em implementarem e aplicarem uma norma interna anti-abuso que seja, pelo menos, tão rigorosa e restrita (ou seja, que forneça o mesmo nível de proteção contra as práticas abusivas) como a atual cláusula anti-abuso da Diretiva.

Durante as negociações surgiram as seguintes questões, que se refletem nas principais diferenças entre a proposta da Comissão e o texto finalmente adotado da nova cláusula geral anti-abuso da UE:

a). será que a aplicação da norma anti-abuso a transações não “totalmente artificiais”, mas parcialmente genuínas e parcialmente artificiais é compatível com a jurisprudência do TJUE?

¹⁵⁸ Diretiva 2015/121. Veja-se também o texto em inglês em OJ L 21/1 (28 Jan. 2015), EU Law IBFD. Veja-se também Council of the European Union, Presse 68, 16603/14, Outcome of the Ecofin Meeting, 9 December 2014, onde foi atingido um acordo político acerca da segunda parte da alteração à Diretiva, disponível em http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/146136.pdf.

b). será conforme a jurisprudência do TJUE fazer referência ao “principal ou um dos principais objetivos” em vez do “objetivo essencial/principal”?

No Ponto 6 do presente Capítulo será feita uma análise sucinta destas perguntas.

2. Natureza Jurídica da Nova Norma Anti-abuso

A *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE não é, na verdade, uma “pura” cláusula geral anti-abuso, mas sim uma cláusula setorial conhecida por “targeted anti abuse rule” ou “TAAR”. Trata-se de normas que têm as características [comuns] de uma cláusula geral anti-abuso, mas que são, de facto, relacionadas com um género específico de transações e estruturas. Ao mesmo tempo que alguns ordenamentos jurídicos viram a adoção de normas gerais como uma forma de simplificar a legislação fiscal, na verdade cada um dos 28 Estados-membros mostrou o seu interesse em combater o abuso através de múltiplas normas específicas anti-abuso, o que transparece o “gosto” generalizado e assumido por medidas claras e concretas.

A nova norma proposta [e aprovada] pela Comissão partilha de muitas das características de um regime geral anti-abuso, mas está limitada a um género específico de transações. As chamadas TAAR não substituem, por norma, as cláusulas específicas anti-abuso já existentes e aplicadas no ordenamento jurídico interno, mas é de sublinhar que a tendência europeia é de apostar cada vez mais neste tipo de medidas.

A título de exemplo, estima-se que o Reino Unido tenha aprovado mais de 300 TAAR's, incluindo regras de prevenção de aquisição de empresas por parte de grupos, de forma a compensar as suas perdas com os lucros do grupo; de obtenção de vantagens fiscais resultantes de transações sobre valores mobiliários, onde não se possam demonstrar as razões comerciais válidas da transação e, consequentemente, que a vantagem fiscal não foi um dos seus principais objetivos.

Para além da abordagem legislativa tradicional (que se traduz no ato de transposição pelos Estados-membros das alterações feitas à Diretiva mães-afiliadas), a aprovação da recente cláusula geral anti-abuso implica medidas [legislativas] unilaterais em cada um dos Estados-membros (que poderá significar a implementação de uma norma de carácter geral nos ordenamentos jurídicos nacionais), bem como a revisão de acordos bilaterais entre os Estados, que poderão conduzir à adoção de cláusulas para travar a dupla não tributação nos acordos de dupla tributação.

Não obstante a implementação da norma geral ter sido unanimemente aprovada no Conselho pelos 28 Estados-membros da UE, e os mesmos terem concordado com as propostas políticas que a Comissão pretende desenvolver, é incerto quão ansiosos estarão os Estados para implementarem o que poderá ser considerada uma futura restrição no poder de utilizar os impostos como ferramenta política nacional. A adoção desta medida contra as incompatibilidades entre as legislações internas pode limitar as iniciativas dos Estados no que respeita a implementação de medidas fiscais para atrair ou manter o investimento interno.

3. Antecedentes da Nova Cláusula Geral Anti-abuso do Direito da UE

A 20 de junho de 2014¹⁵⁹ o ECOFIN conseguiu um acordo político no que respeita a proposta de alteração da Diretiva mães-afiliadas, feita pela Comissão em 25 de novembro de 2013¹⁶⁰. Esta alteração visa eliminar as incompatibilidades internacionais que possam surgir devido às diferenças na qualificação jurídica internacional dos empréstimos híbridos transfronteiriços¹⁶¹.

Na sua proposta de alteração à Diretiva mães-afiliadas, a Comissão viu-se confrontada com duas possibilidades de resposta aos problemas levantados pelos empréstimos híbridos, tendo optando pela exclusão dos benefícios da isenção, no

¹⁵⁹ Council of the European Union, Press Release 3324th Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Luxembourg, 20 June 2014.

¹⁶⁰ COM(2013) 814.

¹⁶¹ Council of the European Union - Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, Brussels, 3 June 2014.

Estado da sociedade mãe, dos pagamentos de lucros distribuídos que sejam dedutíveis no Estado de origem¹⁶². Consequentemente, aquando da receção pela sociedade mãe dos lucros distribuídos pelas suas afiliadas residentes num outro Estado-membro, o Estado da sede da sociedade mãe deverá abster-se de tributar tais lucros na medida em que os mesmos não forem dedutíveis do rendimento da sociedade afiliada, de acordo com o artigo 4.º, número 1, alínea a) da Diretiva mães-afiliadas.

Tendo optado pela exclusão dos benefícios da isenção no Estado da sociedade mãe, a Comissão viu-se confrontada com duas alternativas de implementação desta medida:

- i) através da adoção de uma *linking rule* que permita responder eficazmente ao défice de tributação resultante dos esquemas de empréstimo híbrido; ou
- ii) através da adoção de uma cláusula anti-abuso de carácter geral.

À luz da *linking rule*, o Estado de residência da sociedade mãe nunca mais poderia isentar lucros distribuídos na medida em que tivessem sido dedutíveis (vs. deduzidos) pela subsidiária. Esta proposta, não obstante apoiada pelo Comité Económico e Social Europeu e pelo Parlamento Europeu, não foi inicialmente adotada por falta de unanimidade, devido às objeções levantadas por parte de Malta e Suécia.

O Conselho concordou em “desviar a atenção” da proposta de introdução de uma cláusula geral anti-abuso comum, por forma a permitir a rápida adoção de uma nova regra sobre os empréstimos híbridos. Essa *linking rule* foi adotada a 20 de junho de 2014, o que implicou uma alteração à Diretiva mães-afiliadas, estruturada à luz do Plano de Ação contra a fraude e o abuso fiscal da Comissão (do lado da UE) e do Projeto BEPS (do lado da OCDE).

O artigo 4, número 1, alínea a) da Diretiva mães-afiliadas foi, desta forma, reformulado, prevendo que o Estado da empresa recetora (a sociedade mãe ou o

¹⁶² A resposta alternativa passava pela exclusão completa dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas dos pagamentos de lucros distribuídos que são dedutíveis no Estado de origem.

seu estabelecimento estável¹⁶³) é obrigado a abster-se da tributação de tais lucros na medida em que estes não sejam dedutíveis no Estado de sede da sociedade afiliada.

Assim, em 20 de junho de 2014, a Comissão e o ECOFIN chegaram a um acordo político sobre a alteração da Diretiva nos seguintes termos:

- as alterações ao artigo 4.º, número 1, alínea a) são aplicadas em situações de dupla não tributação resultantes de incompatibilidades no tratamento fiscal da distribuição de lucros entre Estados que geram benefícios fiscais (i.e., não tributação);
- o artigo supramencionado não será aplicado na falta de dupla não tributação ou se, pelo contrário, da sua aplicação resultar uma situação de dupla tributação dos lucros distribuídos pela subsidiária à sociedade mãe;
- a adoção desta proposta não obriga os Estados a aderirem a futuras propostas no âmbito da tributação direta.

Com esta iniciativa pretendem-se evitar os efeitos “perversos” das incompatibilidades que resultam das diferenças de tratamento de empréstimos híbridos entre os Estados membros¹⁶⁴. Com este passo a Comissão, o Parlamento e os Estados-membros da UE demonstraram à OCDE e ao G20 que pode ser alcançado acordo político mesmo em matérias tão controversas como os híbridos¹⁶⁵.

No que respeita à UE, na sequência do Plano de Ação contra o planeamento fiscal agressivo, em 25 de novembro de 2013, a Comissão optou por fazer duas propostas de alteração à Diretiva mãe-afiliadas. Enquanto uma das propostas

¹⁶³ Entenda-se por estabelecimento estável um local fixo de negócios através do qual se realiza total ou parcialmente a atividade da empresa [ou um agente independente que age por conta da empresa]. Veja-se neste sentido Eva Escribano López – *An opportunistic, and yet appropriate, revision of the source threshold for the twenty-first century tax treaties*, Intertax, Volume 43, Issue 1, Kluwer Law International, 2015, p. 8. Não será abordada neste trabalho a problemática levantada pelo atual conceito do estabelecimento estável acerca das novas tecnologias e da economia digital.

¹⁶⁴ Bob van der Made, Sjoerd Douma – *European Union: EU Commission proposes amendments to Parent-subsidiary Directive to tackle PPLs and introduce common GAAR*, International Tax Review, 1 December, 2013.

¹⁶⁵ Bob van der Made – *EU: Political agreement on new EU rules on PPLs/hybrid loans*, International Tax Review, 30 April, 2014.

estava relacionada com a adoção de uma medida de luta contra o abuso concretizado através da utilização de instrumentos híbridos, a outra visava introduzir uma cláusula geral anti-abuso na Diretiva¹⁶⁶, que substituísse a norma anti-abuso constante no artigo 1.º, número 2 da Diretiva por uma norma comum baseada na Recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012¹⁶⁷.

No que respeita à implementação da norma geral anti-abuso comum, o seu texto esteve em cima da mesa europeia após julho de 2014 (com a nova presidência do Conselho, encabeçada pela liderança italiana¹⁶⁸).

Para este efeito, estabeleceu-se como ponto de partida o principal objetivo da Diretiva mães-afiliadas, centrado na isenção de retenção na fonte dos dividendos e de outros pagamentos realizados pela subsidiária à sociedade mãe e na eliminação da dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade mãe.

Conforme se observou os Estados concordaram que os benefícios da Diretiva não devam levar a situações de dupla não tributação e, desta forma, proporcionar lucros não tributados para o grupo composto pela sociedade mãe e subsidiárias de diferentes Estados-membros em comparação com os grupos compostos por sociedades residentes no mesmo Estado-membro.

Nesta sequência, em 9 de dezembro de 2014 foi atingido um acordo político de substituição do número 2 do artigo 1.º da Diretiva mães-afiliadas pelo texto da Diretiva 2015/121, nos seguintes termos:

a). a Diretiva não deve prejudicar a aplicação das normas nacionais ou dos tratados no que respeita à evasão fiscal;

¹⁶⁶ Aprovada pelo Conselho em 5 de dezembro de 2014 e adotada pelo ECOFIN e pelo Conselho em 9 de dezembro de 2014, Council of the European Union – Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, Brussels, 5 December 2014; Council of the European Union – Outcome of the Council Meeting, 3356th Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Brussels 9 December 2014.

¹⁶⁷ Bob van der Made – *EU: Hybrid loan arrangements: EU agrees to amend the Parent-subsidiary Directive*, International Tax Review, 01 July, 2014.

¹⁶⁸ Bob van der Made – *EU: Update on PPLs/hybrid loans in the European Union*, International Tax Review, 27 May, 2014.

- b). os Estados devem negar os benefícios da Diretiva no caso de haver um esquema artificial (ou uma série de esquemas artificiais) com o propósito essencial de obter uma vantagem fiscal inadequada à luz da Diretiva, contrário ao objeto, espírito e escopo da norma fiscal invocada;
- c). os Estados devem aprovar normas internas de cumprimento da Diretiva até ao final do ano de 2015.

Pode-se concluir que as propostas da Comissão visam lutar contra os desajustes abrangidos pelo escopo de aplicação da Diretiva mães-afiliadas e proteger o bom funcionamento da Diretiva.

Por seu turno, a OCDE e o G20 trabalharam (e trabalham) arduamente no Projeto BEPS¹⁶⁹, apoiado também pela UE¹⁷⁰, cujos planos de ação envolvem uma resposta adequada aos atos/negócios prejudiciais híbridos (“hybrid mismatches arrangements”), bem como a adoção de um “principal purpose test”¹⁷¹, concebido como ferramenta essencial contra o abuso fiscal. Em simultâneo, esta luta é acompanhada no âmbito da UE, de acordo com a legislação vigente.

Desta forma, a revisão da Diretiva mães-afiliadas representou um contributo importante para o problema BEPS, constituindo uma boa prática na luta contra a erosão da base fiscal e contra a transferência de lucros. Por isso, as duas propostas da Comissão supramencionadas fazem com que as iniciativas do Plano BEPS tenham maior impacto.

4. Diretrizes Subjacentes à Nova Cláusula Geral Anti-abuso da UE

Como se teve a oportunidade de sublinhar neste estudo, não obstante a Recomendação da Comissão, C(2012) 8806, não abranger diretamente a iniciativa

¹⁶⁹ Veja-se, a título de exemplo, a recente adoção, a 27 de janeiro de 2016, do acordo MCAA (Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of Country-by-Country Reports) enquanto mecanismo através do qual se partilha o “country-by-country reporting”, concretizador da Ação 13 (relativa aos preços de transferência e country-by-country reporting), disponível em <http://www.oecd.org/tax/a-boost-to-transparency-in-international-tax-matters-31-countries-sign-tax-co-operation-agreement.htm>

¹⁷⁰ De observar que temos, nesse sentido, o Plano de Ação e a Recomendação da Comissão C(2012) 8806 no que respeita à luta contra o planeamento fiscal agressivo.

¹⁷¹ Abaixo analisado.

aprovada na Diretiva mães-afiliadas, a mesma teve impacto no resultado final conforme se poderá verificar nas próximas páginas.

Na sua Recomendação de 6 de dezembro de 2012 a Comissão propôs aos Estados-membros, no parágrafo 4, a introdução de uma cláusula geral anti-abuso comum nas suas legislações de forma a lutar contra o planeamento fiscal agressivo nacional e transfronteiriço¹⁷². Na opinião de Ana Paula Dourado, o facto de a cláusula proposta ter aplicação no âmbito interno, não a torna incompatível com a distribuição de competências entre a UE e os Estados-membros graças à natureza de *soft law* das cláusulas gerais anti-abuso propostas na Recomendação¹⁷³. De forma a preservar o funcionamento autónomo dos atos da União, a Recomendação não se aplica à Diretiva mães-afiliadas.

Com base nos princípios subjacentes à Recomendação supramencionada, e de forma a evitar o “uso indevido” da Diretiva e garantir maior coerência na sua aplicação pelos diferentes Estados-membros, foi adotada uma *nova* norma geral anti-abuso no direito da UE, configurada como *standard* mínimo (*de minimis rule*) de aplicação pelos Estados-membros. A cláusula geral anti-abuso deve visar os esquemas ou conjunto de esquemas não genuínos (ou seja, que não refletem realidade económica) e deve ser proporcional na sua aplicação. Esta norma deverá ser aplicada a situações em que o esquema seja, na sua totalidade, não genuíno, mas também a casos em que apenas uma parte (ou algumas partes) do esquema seja não genuíno. Nesta última hipótese, a aplicação da norma não poderá prejudicar as restantes partes genuínas do ato ou do esquema. Apenas desta forma se poderá garantir a máxima eficácia da norma e a sua proporcionalidade.

Segundo a formulação adotada, a não genuinidade do ato resulta da falta de razões económicas válidas¹⁷⁴. O esquema fiscal é considerado não genuíno *na medida*

¹⁷² Com o apoio do Parlamento Europeu, (2013/2060(INI), European Parliament resolution of 21 May 2013 on Fight against Tax Fraud, Tax Evasion and Tax Havens, considerandos n.º 46-63. Note-se que esta proposta não abrange matérias de tributação direta harmonizada, nomeadamente o escopo da Diretiva mães filhas – vide neste sentido o considerando n.º 9 da Recomendação.

¹⁷³ Ana Paula Dourado – *Aggressive tax planning in EU law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on aggressive tax planning and BEPS Actions 2 and 6*, Intertax, Volume 43, Issue 1, Kluwer Law International, January 2015, pp. 42-57.

¹⁷⁴ Artigo 1.º, n.º 2, parágrafo n.º 3 da Diretiva.

em que não tenha sido adotado por razões comerciais válidas que reflitam realidade económica. De sublinhar que o termo “na medida em que” poderá ser eficaz nas situações em que a sociedade seja genuína em si, mas as participações que dão origem à distribuição dos lucros não sejam atribuídas de forma genuína ao contribuinte residente num Estado-membro. Ou seja, a sociedade transfere a detenção das ações com base na sua forma jurídica (que é genuína), mas as suas características não refletem realidade económica.

A implementação desta norma anti-abuso no ordenamento jurídico nacional é obrigatória, o que resulta da letra do artigo através da expressão “não devem conceder os benefícios da Diretiva”. Pela primeira vez, impôs-se a obrigação dos Estados transporem uma norma geral anti-abuso de direito europeu. Resulta do seu preâmbulo que os Estados aplicam normas internas ou de tratados bilaterais para lutar - de uma forma específica ou geral - contra a evasão, a fraude ou o abuso fiscal. O problema surge quando se observa que essas normas [quando existem] não são idênticas e são desenhadas de forma a espelharem as particularidades do sistema fiscal de cada Estado. Por isso, a Diretiva justifica a opção por uma norma anti-abuso obrigatória através da necessidade de evitar o “directive shopping” ou o aproveitamento dos benefícios do diploma e de garantir a sua coerente aplicação nos 28 Estados-membros.

Acredita-se que a norma geral anti-abuso, por preencher as lacunas resultantes do desalinhamento das normas internas de luta contra as práticas abusivas proporcionará um nível comum de proteção da Diretiva contra os abusos. A razão de ser desta norma obrigatória para todos os Estados é a de garantir que todos combatem o abuso sob as mesmas condições, de forma a assegurar a uniformidade e harmonia.

5. Enquadramento da Norma Anti-abuso Comum à Luz dos Valores da União

O princípio da segurança jurídica implica que o contribuinte possa invocar a letra de uma determinada lei em sua defesa. As situações de abuso de direito importam um especial cuidado na delimitação da fronteira entre o uso e o abuso dos direitos dos contribuintes. A falta de normas anti-abuso precisas no direito da UE dá aos

Estados-membros a liberdade de tomarem as suas decisões políticas acerca do conteúdo e sentido a atribuir a essas normas, com o limite pelo respeito dos requisitos do direito europeu. Por outras palavras, os Estados não estão obrigados a combater o abuso a não ser que tenham atribuído à UE a sua competência em determinados domínios, como é o caso do IVA.

Consequentemente, a mais-valia na adoção de uma norma anti-abuso comum é a criação de uma obrigação para todos os Estados-membros de transposição dessa cláusula nas suas legislações internas. Esta abordagem reforça a certeza jurídica dos contribuintes, reduzindo a margem de apreciação das autoridades tributárias, para além de reforçar as ações coordenadas dos Estados-membros na luta contra o fenómeno de “directive shopping” e garantir a sua conformidade com as liberdades fundamentais.

O TJUE teve a oportunidade de se pronunciar sobre inúmeras situações que envolveram práticas abusivas – a nível do direito nacional ou do direito da UE. Para o propósito deste estudo, apenas será feita menção aos aspetos da jurisprudência que tenham relevância para a *nova* cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas.

Em primeiro lugar, no acórdão Emsland-Stärke¹⁷⁵, o abuso do direito da UE foi analisado com base nas circunstâncias objetivas que demonstram que o propósito do direito da UE não foi atingido, e com base num elemento subjetivo que consiste na intenção de obter uma vantagem indevida através da criação artificial das condições importantes. O Processo C-255/02¹⁷⁶ confirmou essa jurisprudência, contribuindo para a densificação do elemento subjetivo. A pedra angular da tributação direta [não harmonizada] foi marcada pelo acórdão Cadbury Schweppes¹⁷⁷, que julgou as normas gerais anti-abuso compatíveis com o direito da UE, desde que estivessem relacionadas especificamente com “expedientes totalmente artificiais” dirigidos a contornar a legislação nacional. Embora o termo “expedientes totalmente artificiais” ter sido utilizado pelo TJUE em

¹⁷⁵ Acórdão do TJUE de 14 de dezembro de 2000, Processo C-110/99.

¹⁷⁶ *Halifax*, Processo C-255/02.

¹⁷⁷ Acórdão do TJUE de 12 de setembro de 2006, Processo C-196/04.

jurisprudência anterior, o mesmo foi densificado apenas no acórdão Cadbury Schweppes através da referência ao conceito de estabelecimento enquanto “estabelecimento efetivo da empresa em causa no Estado de acolhimento e exercício de uma atividade económica genuína nesse mesmo território”¹⁷⁸.

No acórdão *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* ¹⁷⁹, o TJUE lidou com transações parcialmente artificiais e não com entidades totalmente artificiais. O Tribunal de Justiça considerou compatível com o direito da UE a legislação nacional que qualifica como “distribuição” os juros pagos por uma subsidiária residente a uma empresa mãe não residente, apenas e na medida em que excederem o que teria sido acordado à luz do princípio *arm’s length*. Adicionalmente aos requisitos impostos na demonstração do abuso, o TJUE acrescentou a possibilidade de o contribuinte demonstrar o motivo económico ou comercial da sua transação, sem estar sujeito a limitações administrativas indevidas.

Analizada a jurisprudência marcante do TJUE em matéria de abuso, recorde-se que uma das inquietações das instituições da União aquando da aprovação da *nova* cláusula de carácter geral anti-abuso do direito da UE prendia-se com a questão de saber se a aceitação da aplicação da norma anti-abuso prevista o artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas a transações não “totalmente artificiais”, mas parcialmente genuínas e parcialmente artificiais é compatível com a jurisprudência do TJUE.

Veja-se.

6. Análise dos Elementos da Norma Geral Anti-Abuso

A estatuição da nova norma geral anti-abuso do direito da UE prevê que os Estados-membros não possam conceder os benefícios da Diretiva mães-afiliadas a uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da Diretiva, não seja genuína tendo em

¹⁷⁸ *Idem*, parágrafo n.º 54. Veja-se a análise deste acórdão no Ponto 3 do Capítulo Segundo.

¹⁷⁹ Acórdão do TJUE de 13 de março de 2007, Processo C-524/04.

conta todos os factos e circunstâncias relevantes. Neste sentido, uma montagem pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte. Para efeitos da aplicação da cláusula, considera-se que uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

Para que a norma seja aplicável, exige-se o preenchimento cumulativo de quatro condições, a saber:

- i). a presença de um (ou um conjunto de) esquema/transação;
- ii). a adoção da transação ter como principal ou um dos principais objetivos a realização de um benefício fiscal;
- iii). a concessão desse benefício violar o objeto e o fim da Diretiva; e
- iv). a transação em causa não ser genuína.

De seguida será feita uma análise sumária destes quatro requisitos da cláusula anti-abuso.

6.1. A Transação

Ao contrário do texto inicialmente proposto para a cláusula geral anti-abuso¹⁸⁰, a UE optou por não densificar os termos “transação” e “conjunto de transações” no artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas. De acordo com a formulação inicial, poderia concluir-se que uma transação inclui “um esquema”, “uma operação”, “um acordo” “um compromisso”, ou “uma promessa”¹⁸¹. Mesmo que a densificação do termo não tenha sido transposta para a nova versão da cláusula anti-abuso, é legítimo concluir que este merece uma interpretação idêntica ou similar.

O segundo parágrafo do artigo 1, número 2 prevê que a norma geral anti-abuso possa lutar contra um esquema que seja composto por mais de um ato ou parte. A Diretiva 2015/121 explica o motivo desta opção. À medida que os Estados utilizam a norma para combater transações que são, na sua integralidade, não

¹⁸⁰ Através da COM(2013) 814, descrita no Ponto 1 deste Capítulo.

¹⁸¹ Em conformidade com o artigo 1, n.º 2, alínea a) da COM(2013) 814.

genuínas, pode haver situações de falta de genuinidade apenas no que respeita a um único ato ou parte da transação. A UE considera que os Estados devem poder aplicar a norma geral anti-abuso para eliminarem essa parte específica do ato ou do negócio, sem prejudicar os demais atos ou partes genuínas da transação. Desta forma, a eficácia da norma anti-abuso será maximizada, garantindo a sua proporcionalidade.

6.1.1. Transação Totalmente Artificial vs. Transação Parcialmente Não Genuína

Para que uma transação esteja coberta pelo âmbito de aplicação da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, o direito da UE exige que seja qualificada como não genuína. Presume-se como sendo não genuíno um esquema que não tenha sido adotado por razões económicas válidas que reflitam realidade económica. Note-se que o termo genuinidade é novo no que diz respeito ao abuso do direito da UE no âmbito fiscal. Adicionalmente, o conceito “genuíno” enquanto tal nunca foi utilizado pelo TJUE nem pelo legislador europeu no contexto das medidas de luta contra o abuso, onde predomina a “artificialidade” das transações. Se o teste supra não fosse limitado ao combate das transações onde os benefícios fiscais constituem o predominante objetivo, a presença na cláusula geral da qualificação “razões económicas válidas” poderia ser lida como envolvendo uma possibilidade das autoridades fiscais nacionais revisitarem a validade do raciocínio comercial, ou seja, de uma decisão de gestão (enquanto ato anormal de gestão). Naturalmente, seria um risco assumir que todos os Estados-membros concordariam com este significado. Esta formulação parece ser o contrário da versão utilizada pelo TJUE em várias decisões em que considerou que as restrições fiscais às liberdades fundamentais são legítimas apenas na medida em que visam os “expedientes totalmente artificiais que não reflitam realidade económica”. Sabendo que esta interpretação do TJUE está baseada diretamente nas liberdades fundamentais contantes dos Tratados, ficará por descobrir se o texto da cláusula geral anti-abuso será considerado compatível com essa interpretação.

Por fim, nada obsta, ao ver da Autora, que a interpretação do termo “razões económicas válidas” da Diretiva mães-afiliadas tenha por base o sentido atribuído ao mesmo termo utilizado na cláusula geral anti-abusivo da Diretiva fusões, cisões. Neste sentido, a ausência de razões comerciais válidas que reflitam realidade económica é entendida como um forte indício de abuso ou como presunção de abuso, ponderada, naturalmente, com o fim predominante da transação, que permanecerá o teste decisivo.

O texto da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da União prevê que uma montagem pode ser constituída por mais de uma etapa ou parte e que essa montagem [ou série de montagens] não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas. Por outras palavras, o direito da UE admite que um único esquema possa ser qualificado, em parte, como genuíno e, em parte, como não genuíno.

Veja-se de seguida se a jurisprudência do TJUE se conforma com esta possibilidade.

Das decisões do TJUE acima mencionadas resulta que a jurisprudência deve ser analisada no seu contexto específico e que não devem ser extraídas conclusões genéricas. Como se analisou supra, o Tribunal de Justiça concluiu no acórdão Cadbury Schweppes que o regime CFC deve lutar contra “os esquemas totalmente artificiais”. Consequentemente, ao reportar-se a “esquemas”, o TJUE pretendeu referir-se a “entidades”, “estabelecimentos”, “empresas”. Desta forma, a lógica do Tribunal de Justiça neste aspeto é coerente visto que uma entidade “letterbox” não pode, por natureza, ser parcialmente artificial e parcialmente genuína. Contrariamente, um fenómeno ou um ato como a distribuição de lucros pode ser composto por várias partes ou fases, e por isso caracterizável como parcialmente genuíno¹⁸². Neste último caso, a imposição de luta [apenas] contra os esquemas totalmente artificiais faria com que a jurisprudência do TJUE perdesse a sua coerência. Alias, no

¹⁸² Michael Lang – *The general anti-abuse rule of article 80 of the draft proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base*, European Taxation, Volume 51, Issue 6, IBFD, 2011, p. 224.

acórdão *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* supramencionado o Tribunal de Justiça clarificou a possibilidade de eliminar ou minimizar apenas os aspetos ou as partes artificiais de uma transação, salvaguardando os aspetos genuínos.

Similarmente, nada obsta a que uma distribuição de lucros coberta pelo âmbito de aplicação da Diretiva mães-afiliadas seja parcialmente genuína e parcialmente abusiva. Desta forma, a letra da nova norma anti-abuso do direito da UE releva-se, neste aspeto, compatível com a jurisprudência do TJUE. Consequentemente, a aplicação da *nova* cláusula anti-abuso do direito da UE, não dependerá da total artificialidade da construção. À primeira vista, parece que a nova norma geral anti-abuso não se preocupa tanto com a estrutura do estabelecimento ou com a natureza do mesmo, mas sim com a atividade da empresa, nomeadamente com a forma de distribuição de lucros pela empresa mãe às empresas subsidiárias.

De facto, o preâmbulo da Diretiva esclarece que os Estados-membros devem utilizar a norma anti-abuso de carácter geral para eliminar esquemas que sejam inteiramente não genuínos ou que sejam apenas parcialmente abusivos. Todavia, a Diretiva esclarece que a expressão “na medida em que”(supra analisada) pode ser eficaz nos casos em que, apesar da empresa enquanto tal, ser genuína, as participações que dão origem à distribuição não sejam genuinamente atribuídas ao contribuinte. Por outras palavras, a letra da norma geral anti-abuso não delimita negativamente o seu âmbito de aplicação no sentido supra indicado. Pelo contrário, sugere a abrangência tanto de comportamentos abusivos na criação da empresa como na distribuição dos lucros.

Para além desta conclusão, a menção no artigo 1.º, número 3 da Diretiva 2015/121 a transações que “não são genuínas na medida em que não sejam adotadas por razões económicas válidas que reflitam substância económica”, respeita o princípio da proporcionalidade, por permitir a negação dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas relativamente [apenas] a algumas parcelas de um esquema que não sejam genuínas.

Conclui-se por isso que, ao permitir que a cláusula geral anti-abuso lute [também] contra [apenas] alguns passos ou atos do negócio jurídico que não sejam genuínos, a Diretiva mães-afiliadas não contradiz a jurisprudência do TJUE.

De notar que uma empresa sem substância económica que não tenha nenhuma atividade comercial é considerada um esquema não genuíno. Todavia, a falta de atividade e de substância económica pode, de facto, ser um indicador de abuso, mas deve-se observar que algumas atividades [diárias] não exigem, por natureza, um elevado grau de substância económica, como a detenção de participações, por exemplo. Será este o caso das empresas holding. Por este motivo, talvez não seja tão líquido que o não preenchimento do critério “genuinidade” implique automaticamente a negação dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas às empresas holding, enquanto estabelecimentos que não possuem atividades diárias com um nível significativo de equipamento, pessoas e estabelecimento físico, mas que desenvolvem todas as atividades relacionadas com a detenção das participações¹⁸³. Se assim se entender, os benefícios da Diretiva mães-afiliadas serão reconhecidos às empresas holding que desenvolvam, para além da detenção de participações, atividades operacionais.

Será que a exigência de a transação “refletir realidade económica” deriva do termo “esquemas totalmente artificiais”, utilizado pelo Tribunal de Justiça para apreciar se uma norma interna que restringe o exercício de uma liberdade fundamental pode ser justificada pela necessidade de lutar contra o abuso e a fraude¹⁸⁴? No Ponto 4 do Capítulo Oitavo será feita uma breve menção a este respeito, sendo que, por agora, note-se que se assim for, o verdadeiro contributo do termo “refletir realidade económica” ficaria por descobrir.

¹⁸³ Veja-se neste sentido Michael Lang, Sabine Heidenbauer – *Wholly artificial arrangements*, in Luc Hinnekens, Philippe Hinnekens (coord.), *A vision of taxes within and outside european borders*, Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Kluwer Law International, 2008, pp. 602-608.

¹⁸⁴ O Tribunal de Justiça mencionou no acórdão *Itelcar* (Processo C-282/12, parágrafo n.º 34) que “uma norma interna que restrinja a liberdade de circulação de capitais pode ser justificada se visar os expedientes totalmente artificiais que não refletem realidade económica”.

Passando à segunda questão que preocupa as instituições europeias, nomeadamente a de saber se a referência ao “principal ou um dos principais objetivos” (em vez do “objetivo essencial/principal”) presente na cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, é conforme a jurisprudência do TJUE.

6.2. O Elemento Subjetivo

A cláusula geral anti-abuso contém um elemento subjetivo que consiste no apuramento da adoção da transação com o principal ou um dos principais objetivos de obter uma vantagem fiscal. Por outras palavras, importa estabelecer se o esquema desenhado pelo contribuinte foi inspirado pela obtenção dos benefícios de uma norma fiscal. Uma interpretação literal da norma parece indicar não ser necessário que o objetivo da obtenção da vantagem fiscal seja o único fim ou o propósito predominante, principal ou essencial da transação¹⁸⁵. Parece ser suficiente que, pelo menos um dos principais objetivos da transação seja o de realizar o benefício fiscal. Este teste é semelhante ao teste PPT proposto pela OCDE, analisado no Ponto 2 do Capítulo Oitavo¹⁸⁶. Ou seja, uma transação inspirada em vários fins de elevada importância que não estejam relacionados com a vantagem fiscal proporcionada pela Diretiva, pode desencadear a aplicação da cláusula geral anti-abuso se a obtenção dessas vantagens foi também um dos seus principais objetivos.

Apesar da Comissão fazer menção na sua proposta de alteração à Diretiva mães-afiliadas (o supracitado artigo 1.º-A) à “uma série artificial de montagens, que tenha sido posta em prática com o objetivo principal de obter uma vantagem fiscal”¹⁸⁷, o texto final da cláusula geral anti-abuso não adotou

¹⁸⁵ A utilização dos termos “único”, “essencial” ou “principal” pelo Tribunal de Justiça não é uniforme. A título de exemplo, no acórdão Halifax, o Tribunal utiliza no parágrafo n.º 59 o termo “único” ou “essencial”, enquanto no acórdão Part Service emprega a terminologia “principal objetivo”.

¹⁸⁶ Luc de Broe, Joris Luts – *BEPS Action 6: Tax treaty abuse*, Intertax, Volume 43, Issue 2, Kluwer Law International, 2015, p. 131.

¹⁸⁷ Sublinhado nosso.

essa formulação, fazendo menção ao “principal ou um dos principais objetivos”.

A formulação ampla do requisito que consiste no facto de a otimização fiscal ser um dos principais objetivos do esquema adotado pelo sujeito passivo, constitui um alargamento em relação à noção clássica de abuso de direito, dirigida a transações adotadas com (um) principal fim de evitar a tributação, e que não tenham substância económica. Este conceito pertence ao teste do principal objetivo (i.e., o PPT) proposto pela OCDE enquanto parte da Ação 6 do Relatório BEPS.

Independentemente do seu enquadramento jurídico, sendo no âmbito da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas ou no âmbito do teste PPT, o conceito ora em análise levanta questões no sentido de saber quantos objetivos principais pode ter uma transação (ou seja, como distinguir, por um lado, entre o principal objetivo e os fins auxiliares e, por outro lado, entre vários fins principais). Na verdade e em bom rigor, a Diretiva mães-afiliadas visa fomentar transações ou investimentos que não ocorreriam se não fosse a Diretiva. O mesmo se pode dizer a respeito dos acordos fiscais, no que toca à aplicação do teste PPT. Todavia, o reconhecimento das vantagens fiscais concedidas pela Diretiva é na maior parte das situações transfronteiriças (se não em todas) um dos objetivos da transação. A questão de saber se é ou não “um dos principais objetivos” é uma questão de ponderação económica

A presente formulação do elemento subjetivo torna a *nova* cláusula anti-abuso de fácil aplicação por parte das autoridades tributárias nacionais na medida em que bastará que um (e não todos) dos principais objetivos da transação seja o de alcançar um dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas, para que o teste subjetivo esteja satisfeito.

De notar que a formulação da norma geral anti-abuso presente na Diretiva fusões, cisões é muito semelhante ao da nova norma geral anti-abuso do

direito da UE. Por isso, as apreciações feitas supra são, na mesma medida, aplicáveis nesta sede.

Independentemente da conclusão a que se chegue, a consequência inevitável é a da interpretação da *nova* cláusula geral anti-abuso em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Consequentemente, no acórdão Foggia¹⁸⁸, o TJUE sublinhou que se uma transação for motivada por vários objetivos, entre os quais também fiscais, não existe abuso desde que estas últimas não sejam preponderantes no contexto da transação¹⁸⁹. Neste sentido, cabe concluir que o teste subjetivo presente nas normas anti-abuso está sujeito a uma interpretação restritiva. Desta forma, o contribuinte evitará a aplicação da norma anti-abuso se apresentar motivações genuínas para o seu negócio.

A questão do objetivo “principal”, “único” ou “essencial” foi amplamente discutida no passado¹⁹⁰, concluindo-se, no acórdão Part Service¹⁹¹ que a menção feita ao “único objetivo”¹⁹² de alcançar uma vantagem fiscal” não significou a criação de uma nova condição ou pressuposto para a verificação de uma prática abusiva. O acórdão Cadbury Schweppes tornou este debate redundante, por ter clarificado que o “objetivo” da transação não é o elemento decisivo para qualificar uma transação como abusiva. Aliás, o “objetivo”, por si só, não é um critério notório.

O TJUE considera que o juízo das autoridades tributárias deve estar baseado em fatores objetivos que reflitam realidade económica, não obstante a presença de razões fiscais¹⁹³. Ou seja, a existência de motivações fiscais não significa que haja abuso, visto que possa [ainda] haver uma realidade económica.

¹⁸⁸ A matéria objeto do acórdão diz respeito ao regime da Diretiva fusões, cisões. Veja-se o parágrafo n.º 35 do acórdão *Foggia*, Processo C-126/10.

¹⁸⁹ *Foggia*, Processo C-126/10, parágrafo n.º 35.

¹⁹⁰ Frans Vanistendael – *Cadbury Schweppes and abuse from an EU tax law perspective*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), *Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law?* Hart Publishing, 2011, pp. 407-425.

¹⁹¹ Processo C-425/06, parágrafo n.º 44.

¹⁹² Presente nos parágrafos n.º 60 e n.º 82 do acórdão *Halifax*.

¹⁹³ *Cadbury Schweppes*, Processo C-196/04, parágrafos n.º 65-67.

Consequentemente, o acrescento da frase “(...) ou um dos principais objetivos” - que é mais ampla em comparação com o termo “único ou essencial objetivo” – não deve conduzir a uma ampla negação dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas na ausência de provas objetivas¹⁹⁴.

A este propósito importa sublinhar que a menção às “razões económicas válidas que refletem realidade económica” no artigo 1.º, número 3 da Diretiva não deve significar a introdução de um elemento puramente subjetivo na análise objetiva do abuso, mas simplesmente permitir ao contribuinte invocar motivos comerciais válidos de forma a demonstrar o caráter genuíno das suas transações em causa.

Por tudo o que foi exposto, a Autora é de opinião que o teste subjetivo da cláusula geral anti-abuso deva ser mais “sensível”, considerando que a transação colidirá com a norma geral anti-abuso apenas na medida em que o seu fim *predominante ou preponderante* [mas não único] seja o de obter a(s) vantagem(ns) fiscal(is) da Diretiva. De outra forma, a UE “penalizaria” mesmo as transações que tenham como um dos principais objetivos a obtenção de uma vantagem fiscal da Diretiva mães-afiliadas, não obstante estar subjacente uma atividade económica genuína. A estas críticas de ponto de vista da política fiscal juntam-se as falhas na letra da norma. Um fim apenas é principal se for [muito] mais importante que qualquer outro objetivo, visto que “principal” tem como definição “o mais importante”¹⁹⁵.

A aplicação da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE depende do facto da transação respeitar a empresas mãe e empresas afiliadas residentes em Estados-membros diferentes. De sublinhar que a interposição de uma entidade entre a empresa mãe e a empresa afiliada não pode ser motivada, *ipso facto*, pela obtenção das vantagens da Diretiva mães-afiliadas, visto que esses benefícios já estão [presumidamente] à disposição do interessado, mesmo na

¹⁹⁴ O artigo 1.º, n.ºs 2 e 3 da Diretiva mães-afiliadas obriga os Estados-membros a realizarem uma análise objetiva de todas as circunstâncias e factos importantes.

¹⁹⁵ Benjamin Michael Willis – *A principal purpose: There can be only one*, Tax Notes, 10 June, 2013, p. 1317.

falta do esquema por ele desenhado. Nestas situações, é óbvio que qualquer outro motivo deve ser aceite como o único, principal ou predominante objetivo da transação, afastando a aplicação da norma geral da Diretiva mães-afiliadas.

Por fim, relativamente à incidência subjetiva da norma, esta não menciona apenas o sujeito que tenha praticado o abuso, pelo que o seu escopo pessoal será ilimitado. O aspeto relevante parece ser apenas o de saber se o fim predominante do esquema adotado foi o de obter a vantagem fiscal. Como resultado, mesmo um contribuinte que não tenha um papel ativo na transação abusiva poderá ser abrangido pela norma. Por outras palavras, à luz da *nova* norma anti-abuso, a “intenção” de uma empresa poderá trazer a negação dos benefícios da Diretiva para uma outra empresa, do mesmo grupo.

6.3. O Elemento Objetivo

A *nova* norma anti-abuso apenas se aplica nas situações em que a obtenção da vantagem fiscal violaria o objetivo e o fim da Diretiva mães-afiliadas. Esta exigência é coerente com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo qual os preceitos anti-abuso devem ser aplicados nas situações em que uma transação, não obstante preencher formalmente os requisitos da norma de direito europeu, resulte na obtenção de uma vantagem fiscal cuja concessão seria contrária ao fim dessa norma.

À luz do teste objetivo é determinado se a intenção do direito da UE seria frustrada se a vantagem fiscal fosse reconhecida em dadas circunstâncias. A determinação do fim ou propósito da Diretiva mães-afiliadas implica uma interpretação do seu preâmbulo e dos seus considerandos¹⁹⁶. Neste sentido, o terceiro considerando da Diretiva mães-afiliadas densifica os seus objetivos como sendo a isenção de retenção na fonte dos dividendos e de outro tipo de distribuição de lucros pagos pela subsidiária à sua empresa mãe e a eliminação da dupla tributação desse rendimento ao nível da empresa mãe. Adicionalmente, segundo o seu quarto considerando, o crescimento conjunto

¹⁹⁶ Vide acórdão *Leur-Bloem*, Processo C-28/95, parágrafo n.º 45.

de empresas de Estados-membros diferentes não deve ser bloqueado por restrições ou desvantagens resultantes de normas fiscais domésticas. É necessário garantir que as normas fiscais internas sejam neutras de ponto de vista da concorrência, por forma a permitir que as empresas se adaptem às exigências do mercado interno, aumentando a sua produtividade e melhorando a sua força concorrencial a nível internacional.

É relevante recordar que estes valores nasceram como necessidade de pôr fim a um regime em que as normas fiscais reguladoras das relações entre empresas mãe e subsidiárias de Estados-membros diferentes variavam substancialmente de Estado para Estado e eram, por norma, mais desvantajosas do que as aplicáveis a empresas do mesmo Estado-membro. A cooperação entre empresas de diferentes Estados foi, por isso, prejudicada em comparação com a cooperação entre empresas do mesmo Estado. Por este motivo, tornou-se necessária a eliminação dessa desvantagem através da introdução de um sistema comum para facilitar o agrupamento de empresas a nível europeu.

Consequentemente, o verdadeiro objetivo da Diretiva mães-afiliadas é o de garantir que a distribuição de lucros entre empresa mãe e subsidiária de Estados-membros diferentes são tratadas em pé de igualdade em relação às empresas de um mesmo Estado, sendo com base nele que será interpretado o elemento objetivo da *nova* cláusula geral do direito da UE.

O elemento objetivo presente na Diretiva mães-afiliadas diz respeito a situações em que o contribuinte reclama um benefício com base na letra de um preceito da própria Diretiva, mas cuja concessão violaria o fim dessa norma. A aplicação da norma geral não equivale, por isso, à interpretação literal da Diretiva mães-afiliadas. Cabe às autoridades tributárias nacionais demonstrar que o reconhecimento do benefício que o contribuinte reclama em relação a uma determinada transação violaria o objetivo da Diretiva. Por este motivo, e dada a natureza ampla desse conceito, o elemento objetivo (*amplo sensu*) não será de fácil preenchimento.

Na prática, é quase impossível distinguir – temporalmente – o elemento subjetivo e o elemento objetivo. Para quem entende que a artificialidade está em conexão com o elemento objetivo e com o elemento subjetivo, a aplicação da cláusula geral exigirá um elemento de artificialidade¹⁹⁷. No Ponto 4 do Capítulo Terceiro analisou-se a bondade desta afirmação. Verificada a mencionada artificialidade, será difícil concluir que a concessão dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas é conforme o seu fim e objetivo¹⁹⁸.

6.3.1. Frustração do Objeto ou Fim da Diretiva Mães-afiliadas

Relembrou-se neste estudo que o objetivo da Diretiva é de eliminar a dupla tributação e de criar no espaço europeu condições análogas ao do mercado interno de modo a assegurar o funcionamento eficaz desse mercado e garantir regras fiscais neutras de ponto de vista da concorrência. Ou seja e em concreto, a Diretiva pretende assegurar que o movimento de dividendos entre Estados-membros não sofre uma tributação mais “pesada” do que enfrentariam no território interno de um Estado-membro.

Será que a facilitação de situações de dupla não tributação ou de abuso de retenção na fonte sobre pagamentos de dividendos entre um Estado-membro e um Estado não membro da UE, é um fim da Diretiva? Esta questão implica uma outra, anterior, de saber se a distribuição de dividendos se reconduz ao direito de estabelecimento (artigo 49.º do TFUE) ou à livre circulação de capitais (artigo 63.º do TFUE).

A jurisprudência entente que uma legislação nacional relativa ao tratamento fiscal de dividendos de um país terceiro, que não se aplique exclusivamente às situações em que a sociedade mãe exerce uma influência decisiva na sociedade que procede à distribuição dos dividendos, deve ser apreciada à luz

¹⁹⁷ Stefan Vogenauer – *The prohibition of abuse of Law: An emerging general principle of EU Law*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), *Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law?* Hart Publishing, 2011, p. 523

¹⁹⁸ Dennis Weber – *Abuse of law in European tax law: An overview and some recent trends in the direct and indirect tax case law of the ECJ, Part I*, *European Taxation*, Volume 53, Issue 6, 7 May, IBFD, 2013, p. 255

do artigo 63.º TFUE¹⁹⁹. Em contrapartida, as disposições nacionais aplicáveis a participações efetuadas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa devem ser examinadas exclusivamente à luz da livre circulação de capitais. Por esta razão, o tratamento fiscal de dividendos é suscetível de estar abrangido tanto pelo âmbito de aplicação do artigo 49.º TFUE, relativo à liberdade de estabelecimento, como do artigo 63.º TFUE, relativo à livre circulação de capitais²⁰⁰.

Neste sentido, no que respeita à norma geral da Diretiva mães-afiliadas e sabendo que não existe na nova norma anti-abuso nenhuma cláusula de salvaguarda que exclua do seu âmbito as situações de transferência para o estrangeiro de lucros que resultem de investimentos feitos num Estado não membro da UE por pessoas residentes na União, não há que excluir a sua possível aplicação às relações entre Estados-membros da UE e Estados terceiros, nos termos supramencionados. Esta interpretação é coerente com a proposta da Comissão na sua Recomendação C(2012) 8806, de adoção pelos Estados de uma regra geral anti-abuso adaptada às situações nacionais e transfronteiriças que digam respeito à União e sempre que países terceiros estejam envolvidos²⁰¹.

O mesmo raciocínio é válido para Portugal, apoiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, em cujo acórdão datado de 7 de outubro de 2015 se lê: “(...) o regime português de tributação por retenção na fonte com natureza definitiva dos dividendos distribuídos a sociedades não residentes, mas residentes em estados membros da UE é discriminatório e violador dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre circulação de capitais, se os mesmos dividendos se encontram isentos de imposto sobre o rendimento

¹⁹⁹ Conclusões do Advogado Geral Melchior Wathelet de 27 de janeiro de 2016 ao acórdão do TJUE, *Secil*, Processo C-464/14, Parágrafos n.º 59-64. Naturalmente, ficará por testemunhar se o TJUE seguirá estas conclusões do Advogado Geral.

²⁰⁰ Veja-se o acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Processo C-35/11, parágrafos n.º 92 e 99 e acórdão *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, Processo C-190/12, parágrafos n.º 27-30.

²⁰¹ Analisada em pormenor no Capítulo Quarto.

no Estado da residência, não se permitindo aí a dedução, compensação ou recuperação de qualquer imposto pago em Portugal”²⁰².

7. As Consequências Legais da Aplicação da Norma Geral

O artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas prevê como consequência legal da sua aplicação a negação dos seus benefícios. Será que poderão ser negados todos os benefícios ao contribuinte ou apenas alguns? Em que medida é que a aplicação da norma pelo Estado da fonte afeta a obrigação (convencional) do Estado da residência atenuar ou eliminar a dupla tributação à luz do artigo 23.º da CM-OCDE?

A verificação dos pressupostos da norma geral anti-abuso implicará a obrigação de negação, por parte dos Estados-membros, dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas, sem margem para exercício de poder discricionário. Quais são esses benefícios da Diretiva?

Relativamente à distribuição de lucros, as vantagens da Diretiva são a isenção de retenção na fonte, no Estado-membro da subsidiária²⁰³ e a eliminação da dupla tributação – através do método da isenção ou do método do crédito – no Estado-membro da empresa mãe²⁰⁴. Por outras palavras, estes dois benefícios serão negados se os pressupostos supramencionados forem preenchidos. Como resultado, a *nova* cláusula poderá gerar dupla tributação económica e internacional²⁰⁵ na esfera do acionista ou da empresa implicada numa transação abusiva. Será esta uma medida proporcional?

²⁰² Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Relator Pedro Delgado, Processo n.º 0768/13, parágrafo n.º 8.

²⁰³ Artigo 5.º da Diretiva.

²⁰⁴ Artigo 4.º da Diretiva.

²⁰⁵ Ou até múltipla tributação se houver incidência de imposto sobre os lucros nas mãos da subsidiária (Estado 1), tributação dos dividendos na esfera do acionista através da retenção na fonte (Estado 1) e, por fim, tributação sobre os dividendos quanto ao acionista do Estado 2 (o seu Estado de residência).

8. O Que Traz de Novo a Recente Cláusula Geral Anti-abuso da Diretiva Mães-afiliadas?

Como se viu no Ponto 1 do presente Capítulo, na formulação inicial, em inglês, da cláusula geral anti-abuso lia-se no artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas: “This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of fraude or abuse.” (sublinhado nosso).

Observou-se que a atual formulação regista, naturalmente, bastantes alterações, prevendo que (sublinhado nosso) “(...) a Member States shall not grant the benefits of this Directive to an arrangement or a series of arrangements which, having been put into place for the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage that defeats the object or purpose of this Directive, are not genuine having regard to all relevant facts and circumstances. An arrangement may comprise more than one step or part. For the purposes of paragraph 2, an arrangement or a series of arrangements shall be regarded as not genuine to the extent that they are not put into place for valid commercial reasons which reflect economic reality. This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of tax evasion, tax fraud or abuse.”^{206,207}.

Um passo em frente relativamente à natureza não obrigatória da Recomendação da Comissão COM(2012)8806, o Parlamento Europeu apoiou a adoção de um elemento obrigatório na *nova* cláusula geral anti-abuso do Direito da UE. O Parlamento considerou que a introdução de uma norma de carácter geral e compulsório eliminará qualquer incerteza jurídica e contribuirá para uma maior eficiência das medidas adotadas para impedir o abuso fiscal europeu e internacional ao mesmo tempo que reforçará a coordenação das medidas adotadas pelos Estados-membros.

²⁰⁶ Veja-se o previsto no artigo 1.º, n.ºs 2-4 da Diretiva.

²⁰⁷ A Autora optou pelas citações em língua inglesa do texto da cláusula geral anti-abuso de modo a proporcionar uma comparação sobre o texto original, não afetada pelos vícios da tradução.

No Ponto 4 do Capítulo Oitavo ver-se-á se a recente cláusula geral da Diretiva é, de facto, inovadora ou não.

O Parlamento apoiou a adoção de uma norma anti-abuso de carácter geral, obrigatória, à luz da qual os Estados-membros *terão* de ignorar qualquer benefício fiscal resultante de uma transação artificial ou à qual falta a substância comercial ou económica.

Para além da alteração ao artigo 1.º da Diretiva mães-afiliadas, o Parlamento propôs o fortalecimento da definição de “empresa mãe” através do alargamento do período de detenção e da percentagem do capital mínimo a ser detido num outro Estado-membro por uma empresa mãe. O UE considera que esta medida impedirá uma empresa multinacional de beneficiar impropriamente das vantagens da Diretiva mães-afiliadas. Por fim, o Parlamento propôs que a taxa do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas não possa ser inferior a 75% da taxa média de imposto sobre as pessoas coletivas aplicável em todos os Estados-membros. Note-se que nem a segunda nem a terceira proposta do Parlamento foram, até à data, implementadas²⁰⁸.

²⁰⁸ A7-0243/2014 European Parliament, Report on the proposal for a Council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (COM(2013)0814 – C7-0464/2013 – 2013/0400(CNS)), 24.3.2014. Também P7_TA(2013)0205 Fight against tax fraud, tax evasion and tax havens, European Parliament resolution of 21 May 2013 on Fight against tax fraud, tax evasion and tax havens (2013/2060(INI)), parágrafo n.º 55.

CAPÍTULO QUINTO

AS “DUAS VERSÕES” DA CLÁUSULA GERAL DA DIRETIVA MÃES-AFILIADAS À LUZ DA RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO

1. A Proposta da Comissão de Alteração à Diretiva Mães-afiliadas

Para a análise que se segue importa recordar que, enquanto o escopo da Diretiva mães-afiliadas é de assegurar que os lucros resultantes de transações europeias não são tributados duas vezes, o objetivo da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE é o de evitar os abusos da Diretiva mães-afiliadas, assegurando uma tributação mais *justa* no espaço europeu (evitando, portanto, a dupla não tributação).

Nestes termos, inicialmente a Comissão apresentou, através da COM(2013) 814, uma proposta que altera a Diretiva mães-afiliadas, cujo texto acrescentava o artigo 1.º-A à Diretiva nos termos descritos no Ponto 1 do Capítulo Quarto. De recordar que esta não foi a primeira iniciativa da Comissão no sentido da implementação, pelos Estados, de uma tal medida.

1.1. A Recomendação da Comissão C(2012) 8806

Neste sentido, recorde-se o texto da Recomendação C(2012) 8806, segundo qual “4.1. Para contrariar as práticas de planeamento fiscal agressivo que estejam fora do âmbito de aplicação das suas normas específicas para lutar contra a evasão fiscal, os Estados-Membros devem adotar uma regra geral antiabuso adaptada às situações nacionais e além-fronteiras que apenas digam respeito à União e sempre que países terceiros estejam envolvidos”.

De forma a dar cumprimento a este objetivo legislativo, os Estados-membros são instados a introduzir a seguinte cláusula na sua legislação nacional:

“«Uma montagem artificial ou uma série de montagens artificiais criadas com o objetivo essencial de evitar a tributação e que conduza a um benefício fiscal

deve ser ignorada. As autoridades nacionais devem tratar essas montagens para efeitos fiscais tendo como base a sua realidade económica.»”.

Para efeitos da norma supra, “(...) entende-se por montagem qualquer transação, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade. Uma montagem pode incluir mais de uma medida ou parte.”

A norma qualifica uma montagem ou uma série de montagens como artificial quando não tiver substância comercial. Para determinar se a montagem ou a série de montagens é artificial ou não, as autoridades nacionais são convidadas a examinar se essas montagens dizem respeito a uma ou várias das seguintes situações:

- a) a qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõem a montagem é incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu conjunto;
- b) a montagem ou a série de montagens é executada de uma forma que seria normalmente utilizada no quadro do que se espera ser um comportamento comercial razoável;
- c) a montagem ou a série de montagens inclui elementos que têm por efeito compensar-se ou anular-se entre si;
- d) as transações concluídas são de natureza circular (i.e., *U-turns*);
- e) a montagem ou a série de montagens dá origem a um benefício fiscal considerável, mas que não se reflete nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa;
- f) o lucro esperado antes de imposto é negligenciável relativamente ao montante da vantagem fiscal previsto.

Adicionalmente, é considerado que a montagem ou a série de montagens tem por objetivo evitar a tributação sempre que, independentemente de qualquer intenção subjetiva do contribuinte, tal seja incompatível com o objetivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais que normalmente deveriam ser aplicadas.

Para efeitos da norma anti-abuso, uma determinada finalidade deve ser considerada essencial quando qualquer outra finalidade que é ou poderia ser imputada à montagem ou à série de montagens se afigure, no máximo, negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação. Para determinar se uma montagem ou uma série de montagens está na origem da vantagem fiscal, as autoridades nacionais são convidadas a comparar o montante do imposto devido pelo contribuinte à luz dessas montagens com o montante que o mesmo contribuinte deveria pagar em circunstâncias idênticas na ausência das referidas montagens. Neste contexto, é útil apurar a presença de uma ou mais das seguintes situações:

- a) um montante não é incluído na matéria coletável;
- b) o contribuinte beneficia de uma dedução;
- c) é registada uma perda fiscal;
- d) não é devida qualquer retenção na fonte;
- e) o imposto estrangeiro é compensado.

Em primeiro lugar, sublinhe-se que a norma supra exprime a jurisprudência do TJUE, desconsiderando expressamente a intenção subjetiva do contribuinte em detrimento objetivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais que normalmente deveriam ser aplicadas ao contribuinte.

Em segundo lugar, a norma aposta no caráter essencial do objetivo fiscal a ser prosseguido pelo contribuinte ou pelo seu esquema, no sentido em que qualquer outra finalidade que é ou poderia ser imputada à montagem ou à série de montagens se afigure, no máximo, negligenciável. Esta leitura leva à conclusão de que a intenção do legislador teria sido a de colocar em primeiro plano o fim fiscal da montagem no sentido em que este deverá constituir o principal (ou até o único) objetivo, no sentido do acórdão Part Service.

Por fim, de notar que a formulação desta norma anti-abuso proposta pela Comissão é muito similar à atual cláusula geral anti-abuso portuguesa prevista no artigo 38.º, número 2 da LGT no que respeita à sua estatuição. As duas normas levam à desconsideração do esquema aplicado pelo contribuinte, com resultado da tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência.

1.2. Apreciação Comparativa

Comparando a inicial proposta de adoção de uma norma geral anti-abuso por parte da Comissão com a sua Recomendação, observa-se que as duas são quasi idênticas na sua formulação e na densificação dos termos utilizados. A menção ao U-turns²⁰⁹ e à ponderação entre o lucro obtido e a vantagem fiscal na Recomendação expressa nem mais nem menos que a doutrina Foggia e Thin Cap. Por fim, a delimitação da norma anti-abuso nos dois atos da Comissão visa seguir a jurisprudência de abuso do TJUE, fazendo referência:

- a). ao espírito e fim da norma (representando o primeiro teste presente no acórdão Halifax);
- b). ao objetivo de evitar a tributação (representando o primeiro teste presente no acórdão Halifax);
- c). ao teste da artificialidade (representando a jurisprudência Cadbury Schweppes²¹⁰);
- d). à recomendação de, no apuramento do abuso, não se analisar a intenção subjetiva do contribuinte; e
- e). ao facto de o fim de evitar o imposto ser o fim essencial da transação.

Pode observar-se que o texto da cláusula geral anti-abuso proposto pela Comissão na COM(2013) 814 era em tudo semelhante ao da Recomendação C(2012) 8806, que elenca cinco situações alternativas que permitem identificar e determinar a natureza artificial do esquema. Para além disso, a formulação da norma geral comum proposta, baseada na falta de substância económica e na artificialidade inspirava-se, *ad litteram*, na Recomendação supra.

De sublinhar que na descrição relativa à iniciativa da Comissão, utilizou-se intencionalmente o tempo verbal pretérito imperfeito, uma vez que essa iniciativa não foi adotada no texto final da norma geral anti-abuso, que se

²⁰⁹ Transações circulares por natureza.

²¹⁰ Parágrafos n.º 54 e 55.

analisa de seguida à luz da Recomendação da Comissão C(2012) 8806 supramencionada.

Não obstante a Recomendação supra não ser aplicável aos casos abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva mães-afiliadas, por forma a preservar o funcionamento dos atos atualmente em vigor no domínio em causa, note-se que a iniciativa da Comissão e o objetivo da revisão das diretivas (designadamente, da Diretiva mães-afiliadas) prendia-se com a colocação em prática dos princípios subjacentes a esta Recomendação.

Ao mesmo tempo e no mesmo projeto de implementação do artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas, a Autora acredita que a introdução de uma norma geral de luta contra o abuso dos acordos fiscais celebrados pelos Estados-membros poderá ser uma opção plausível, dedicando grosso modo o texto da mesma cláusula geral, no sentido da Recomendação da Comissão, para o efeito. Desta forma, adotando o “principal purpose test” previsto na Ação 6 do BEPS, a cláusula teria aplicação aos tratados celebrados ou a celebrar pelo Estado em causa com outros Estados contratantes da OCDE, no sentido em que esse não será obrigado a reconhecer os benefícios do acordo a esquemas que impliquem abuso das suas normas.

2. Análise da Norma Geral Anti-Abuso Proposta Pela Comissão

A norma geral anti-abuso prevista na Recomendação da Comissão, C(2012) 8806, visa contrariar as práticas de planeamento fiscal agressivo que estejam fora do âmbito de aplicação das normas domésticas de carácter específico, de luta contra o abuso fiscal, sendo adaptada às situações nacionais e transfronteiriças que apenas digam respeito à UE e sempre que países terceiros estejam envolvidos.

2.1. Objetivos Subjacentes à Recomendação da Comissão C(2012) 8806

Para um melhor enquadramento, importa recordar os motivos subjacentes à iniciativa da Comissão que levou à proposta de uma norma anti-abuso de carácter geral. Note-se que a Recomendação supramencionada está restringida

ao planeamento fiscal agressivo no domínio da fiscalidade direta, entendido como estruturas cada vez mais sofisticadas, desenvolvidas de forma eficaz em várias jurisdições, possibilitando a transferência dos lucros tributáveis para Estados em que os regimes fiscais são mais favoráveis. Uma das principais características das práticas em causa é de permitir reduzir as obrigações fiscais através de mecanismos que, apesar de estritamente legais, contrariam o espírito da lei.

Para que possa ser alcançado um melhor funcionamento do mercado interno, a UE considera que é necessário incentivar os Estados-membros a adotarem uma abordagem geral comum relativamente ao planeamento fiscal agressivo, o que permitirá atenuar as distorções existentes. Para o efeito, é necessário obviar às situações em que um contribuinte beneficia de vantagens fiscais através do recurso a um planeamento fiscal que possibilite que os seus rendimentos não sejam tributados por nenhuma das jurisdições envolvidas (dupla não tributação). A persistência deste tipo de situações pode conduzir a fluxos de capitais artificiais no mercado interno, o que pode prejudicar o seu bom funcionamento e reduzir as matérias coletáveis dos Estados-membros.

2.2. Análise Comparativa

Sublinhou-se no Ponto 2 do Capítulo Terceiro que o objetivo da Diretiva mães-afiliadas é o de evitar a dupla tributação do rendimento ou do lucro resultante de transações europeias. Todavia, devido às tendências resultantes da globalização no sentido da generalização de comportamentos que resultam em dupla não tributação dos grupos envolvidos, a UE tomou iniciativas de limitação da aplicação das normas internas destinadas a evitar a dupla tributação.

Em primeiro lugar, considerando que é frequente os Estados comprometerem-se a não tributar certos elementos do rendimento nas suas convenções em matéria de dupla tributação, a Recomendação da Comissão C(2012) 8806 considerou que os Estados devem ser encorajados a incluir nas convenções de dupla tributação que tenham celebrado entre si ou com países terceiros, uma

cláusula que permita limitar a aplicação dessas normas internas destinadas a evitar a dupla tributação. Consequentemente, sempre que, em convenções em matéria de dupla tributação, os Estados-membros se comprometerem a não tributar um determinado elemento do rendimento, devem garantir que esse compromisso só se aplica quando o referido elemento for tributado pela outra parte nessa convenção.

Em segundo lugar, a UE reconhece que as estruturas de planeamento fiscal são cada vez mais sofisticadas e frequentemente os legisladores nacionais não dispõem de tempo suficiente para reagir. Por esta razão, muitas vezes as medidas específicas anti-abuso revelam-se inadequadas para responder adequadamente às novas estruturas de planeamento fiscal agressivo. De facto, essas estruturas podem ter um impacto negativo nas receitas fiscais nacionais e no funcionamento do mercado interno, pelo que é oportuno recomendar a adoção pelos Estados-membros de uma regra geral anti-abuso comum, que permita evitar a complexidade da coexistência de inúmeras regras diferentes.

3. Conclusões Preliminares

Demonstrou-se no presente Capítulo que o texto adotado para a cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas diverge, ligeiramente, do proposto inicialmente pela Comissão através da COM(2013) 814 supracitado. A *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE traz os seguintes alicerces:

- a). a Diretiva não deve prejudicar a aplicação das normas nacionais ou dos tratados no que respeita à evasão fiscal;
- b). os Estados devem negar os benefícios da Diretiva no caso de haver um esquema artificial (ou uma série de esquemas artificiais) com o propósito essencial de obter uma vantagem fiscal inadequada à luz da Diretiva, contrário ao objeto, espírito e escopo da norma fiscal invocada (neste caso, da norma geral anti-abuso);
- c). um esquema, ação ou transação considera-se artificial quando não reflete uma realidade económica.

Como princípios, a Recomendação da Comissão C(2012) 8806 focou a urgência em melhorar o cumprimento dos deveres de tributação do contribuinte. Para o efeito, o particular deverá ser melhor informado sobre as regras nacionais e do direito da UE. Por isso, a inicial proposta da Comissão visou limitar a complexidade da norma anti-abuso, contribuindo desta forma para o estímulo da transparência e da boa governação fiscal.

Desta perspetiva, a *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE não contribui, na opinião da Autora, para uma completa e exausta informação do contribuinte do conteúdo da norma e para o melhor cumprimento das obrigações tributárias. O princípio da segurança jurídica não está salvaguardado da melhor forma (nas suas vertentes de previsibilidade e clareza da lei), sendo a formulação da norma geral anti-abuso pouco transparente, por falta de densificação necessária e suficiente.

Não obstante esta conclusão e as diferenças existentes entre as duas normas anti-abuso, tanto a norma geral proposta pela Comissão em 2013 como a cláusula efetivamente adotada no final do ano 2014 resumem a sua substância à necessidade do ato refletir razões económica válidas para o afastamento da presunção do abuso.

CAPÍTULO SEXTO

IMPLEMENTAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL ANTI-ABUSO PELOS ESTADOS-MEMBROS DA UE

1. Aspetos Introdutórios

A *nova* norma geral anti-abuso do direito da UE, tal como muitas outras normas de luta contra o abuso, optou por uma abordagem que implica a utilização de critérios subjetivos, focando-se no fim, no objetivo e na substância da transação. De ponto de vista das autoridades tributárias domésticas, os próximos meses serão, sem dúvida, tempos de adaptação no que respeita ao sentido a atribuir a termos como “o principal ou um dos principais objetivos” ou “razões económicas válidas”. No que respeita aos contribuintes, a forma como irão lidar com a norma geral variará em função do seu “apetite para o risco”, manifestado na decisão de planear e de executar uma transação.

Sem prejuízo das conclusões supra, a presença da *nova* cláusula anti-abuso não deve afetar as estratégias de planeamento adequadas, incluindo a tomada em consideração de [algumas] consequências fiscais por parte dos contribuintes. Por outras palavras, o planeamento fiscal (legítimo) deverá continuar a existir e ser aplicado.

De que forma e em que medida é que a cláusula geral anti-abuso ora adotada na Diretiva mães-afiliadas irá influenciar os contribuintes?

2. Efeito Direto da Nova Cláusula Geral Anti-abuso?

Em primeiro lugar importa recordar que o efeito direto constitui um dos princípios fundamentais do direito da UE que, no seu sentido abrangente, engloba o conceito da aplicabilidade direta e o efeito direto.

De lembrar que, por um lado, o termo aplicabilidade direta apela à capacidade da norma do direito da União influenciar o ordenamento jurídico interno sem ter

sido transposta ou incorporada no direito nacional, sendo esse o caso dos regulamentos e das decisões²¹¹. Por outro lado, o efeito direto em sentido estrito significa que a norma de direito da União que for clara, precisa, e incondicional confere aos contribuintes a possibilidade de invocarem imediatamente essa mesma norma, perante o TJUE ou perante uma instância judicial nacional.

Acrescente-se que as normas que não tenham aplicabilidade direta podem ser invocadas pelo contribuinte contra um Estado-membro (ou seja, terem efeito direto vertical) na medida em que preencherem determinados requisitos. Por conseguinte, essas normas (que não sejam diretamente aplicáveis) não gozam de efeito direto vertical invertido (o que implicaria a possibilidade de invocação pelo Estado contra os particulares) e nem de efeito direto horizontal (i.e., invocação da cláusula por um contribuinte contra um outro contribuinte). Será este o caso da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas?

Veja-se.

O Tribunal de Justiça defendeu na sua jurisprudência que uma determinada norma da diretiva, por se dirigir, por natureza, ao Estado-membro e não ao indivíduo, pessoa singular ou coletiva, pode ter efeito direto se o Estado não tiver implementado [corretamente] essa norma da diretiva e desde que a mesma seja clara, precisa e incondicional²¹².

Recorde-se que uma medida é considerada incondicional na medida em que exprima uma obrigação que não depende, na sua implementação ou efeitos, da adoção de medidas por parte das instituições europeias ou das autoridades nacionais. Será, por sua vez, uma norma suficientemente precisa – no sentido de possibilitar a sua invocação pelos interessados e a sua aplicação pelos tribunais – se a imposição da obrigação por ela visada for feita em termos inequívocos.

A título de exemplo, aplicando o acórdão *Denkavit* à Diretiva mães-afiliadas pode-se concluir que os contribuintes poderão invocar diretamente a proibição de tributação ou de retenção na fonte com base nos artigos 4.º e 5.º, consoante se trate

²¹¹ Artigo 288.º, n.º 2 do TFUE.

²¹² Georg Kofler – *idem nota de rodapé n.º 138*, p. 3.

de dividendos *inbound* ou *outbound*, respetivamente. Desse acórdão resulta que a proibição de tributação ou de retenção na fonte à luz dos artigos 4.º e 5.º, respetivamente, é clara e precisa.

De acordo com o artigo 288.º, número 3 do TFUE, uma diretiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao seu resultado a alcançar, deixando, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Esta formulação não significa, necessariamente, que as diretivas tenham efeito direto. Resulta claramente do artigo supramencionado que os Estado-membros aos quais a Diretiva mães-afiliadas se dirige, têm a obrigação de atingirem um determinado resultado, designadamente através da adoção de medidas que limitem os casos de dupla não tributação. Na medida em que a alteração à Diretiva mães-afiliadas seja corretamente implementada, os seus efeitos serão extensíveis aos indivíduos através das próprias medidas de implementação adotadas pelo Estado.

Naturalmente, a transposição correta e temporânea da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito a UE é de extremo interesse para cada um dos 28 Estados-membros, dado seu uma medida de preservação da receita fiscal nacional. São, por isso, consideravelmente limitadas as hipóteses de aproveitamento do Estado com base na sua própria falha no cumprimento do direito da União. Por estas razões, a implementação da recente cláusula anti-abuso da UE representa uma mais-valia para os Estados-membros, sendo que a falta de transposição poderá inibi-los de invocar a Diretiva mães-afiliadas contra os contribuintes. Todavia, note-se que a falha de transposição desta norma por parte de um Estado poderá levar ao “efeito indireto”, que se manifesta na interpretação conforme o direito da UE, segundo qual as autoridades e aos tribunais nacionais devem interpretar o direito nacional de forma compatível com o direito da UE.

A obrigação que resulta da Diretiva mães-afiliadas de atingir o resultado pretendido pelo seu artigo 1.º, número 2 – de luta contra a dupla não tributação – e o dever de tomar todas as medidas adequadas²¹³, é dirigida a todos os órgãos e autoridades do Estado-membro, incluindo os tribunais. A obrigação

²¹³ Artigo 4.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia.

supramencionada está presente mesmo nas situações em que o resultado previsível não seja favorável ao contribuinte, com o limite imposto pelo princípio da segurança jurídica.

De modo a cumprir com esse princípio, a UE exige que uma norma anti-abuso:

- preencha os objetivos para os quais foi desenhada no sentido de que as administrações fiscais devem poder ser capazes de aplicar eficazmente a norma. Para isso, o preceito tem que ser suficientemente estrito (de modo a evitar práticas abusivas) e suficientemente previsível [e certo] para os contribuintes;
- seja compatível com as limitações desenhadas pelo TJUE, de forma a prevenir o risco de ser posta a prova, com sucesso pelo contribuinte.

A pergunta que urge colocar é a de saber se a *nova* cláusula anti-abuso cumpre estas exigências. Por outras palavras, será que as administrações fiscais nacionais poderão fazer uso da norma, no seu estado atual? É a norma suficientemente previsível para os contribuintes, de forma a prevenir a incerteza? É o escopo da norma suficientemente estrito para efetivamente combater as práticas abusivas?

2.1. Análise Comparativa – Intervenção do Estado-membro

Na análise das normas gerais anti-abuso da Diretiva fusões, cisões e da Diretiva juros e royalties, constatou-se que as mesmas não gozam de aplicabilidade direta, uma vez que o efeito direto (adquirido com a transposição da norma) pretende proteger os contribuintes. Uma vez que as normas anti-abuso, incluindo o artigo 1.º, números 2-4 da Diretiva mães-afiliadas, funcionam contra os particulares, a doutrina nega a sua aplicabilidade direta²¹⁴. Para além disso, o princípio da segurança jurídica obsta a que as diretivas possam, por si só, criar obrigações para os particulares. As diretivas não podem, portanto, ser invocadas, enquanto tais, pelo Estado-membro contra os particulares.

²¹⁴ Veja-se o acórdão *Kofoed*, Processo C-321/05, parágrafo n.º 42, no que respeita à Diretiva fusões, cisões.

No obstante, desde que a situação jurídica decorrente das medidas nacionais de transposição seja suficientemente precisa e clara para permitir aos particulares em causa conhecer a extensão dos seus direitos e obrigações, a transposição de uma diretiva para o direito interno não exige necessariamente que todos os Estados-membros tenham de tomar uma iniciativa legislativa. Da mesma forma, o contexto jurídico geral pode, em determinados casos, ser suficiente para a transposição de uma diretiva, em função do conteúdo desta, não sendo por isso necessária a reprodução formal e expressa das disposições de uma diretiva em normas nacionais específicas.

Neste sentido, a presença de uma cláusula geral anti-abuso nacional que possa ser objeto de interpretação conforme o artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas possibilita, por si só, a invocação da norma de direito da União contra os particulares. Por fim, importa recordar que todas as autoridades de um Estado-membro, quando aplicam o direito nacional, são obrigadas a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade das diretivas comunitárias, para atingir o resultado por elas pretendido.

Na verdade, a exigência de uma interpretação conforme não permite que uma norma de diretiva crie, por si só e independentemente de uma medida interna de transposição, obrigações para os particulares.

Resulta do exposto que a recente cláusula anti-abuso não goza, por si só, de efeito direto, o que resulta claramente das conclusões do Advogado Geral Jacobs ao acórdão *Denkavit*. Segundo a sua opinião, o efeito direto de uma norma de isenção de retenção na fonte dos dividendos *outbound* não é prejudicado por uma norma anti-abuso geral que permite a aplicação de normas nacionais, determináveis judicialmente, para a negação dos benefícios das diretivas²¹⁵.

²¹⁵ Conclusões do Advogado Geral Jacobs de 2 de maio de 1996 ao acórdão do TJUE de 17 de outubro de 1996, *Denkavit*, Processo C-283/94, parágrafo n.º 52.

3. Os Termos da Transposição da Cláusula Geral Anti-abuso Pelos Estados

Demonstrou-se que os preceitos de uma diretiva vinculam o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Por essa razão, a Diretiva mães-afiliadas não é diretamente aplicável no ordenamento jurídico interno, *precisando de* ser implementada pelo Estado, de forma a atingir o seu estatuto legislativo completo. As medidas adotadas pelos Estados devem garantir que as normas da diretiva (neste caso, a cláusula geral anti-abuso) sejam plenamente eficazes, de acordo com o objetivo prosseguido²¹⁶.

Esta obrigação que decorre do TFUE representa mais do que uma *mera* transposição da Diretiva no ordenamento jurídico interno. Exige que a medida (neste caso, a cláusula geral anti-abuso ou a norma interna que a transpõe) seja efetivamente aplicada e que a sua obediência seja garantida na prática. Deste preceito nasce, pois, a obrigação para os Estados de transposição da cláusula geral anti-abuso ou a garantia da salvaguarda e realização do objetivo de negação das vantagens da Diretiva mães-afiliadas em situações consideradas abusivas pelo direito secundário.

A análise da transposição da cláusula geral anti-abuso para o ordenamento jurídico interno pode assumir as seguintes “feições”:

- i). implementação correta por parte do Estado ou falta de transposição;
 - ii). implementação mais ligeira; ou
 - iii). implementação mais rigorosa.
-
- i) Observe-se que a transposição da cláusula não implica necessariamente a adoção de novas medidas ou normas por parte do Estado. A doutrina aceita que, nas situações em que o objetivo da diretiva (neste caso, da Diretiva mães-afiliadas) esteja previamente garantido e tenha sido atingido no ordenamento jurídico interno, a aprovação de uma nova medida se torne desnecessária. Neste caso, a não transposição da cláusula por parte do Estado não implica,

²¹⁶ Filip Debelva, Joris Luts – *The general anti-abuse rule of the Parent-subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55, Issue 6, IBFD, June 2015, p. 230.

naturalmente, a violação das suas obrigações decorrentes do artigo 288.º do TFUE.

- ii) A situação muda se um Estado implementar a cláusula geral de uma forma mais ligeira no sentido de fixar um limite anti-abusivo mais alto. Por outras palavras, o resultado seria uma *sub-transposição* da norma no sentido em que apenas um escasso número de situações serão passíveis de qualificação como abusivas.

A Diretiva mães-afiliadas impõe aos Estados-membros a obrigação de negarem os benefícios da Diretiva em todas as situações abrangidas pela cláusula anti-abuso. Se este resultado não for atingido (através da norma anti-abuso interna preexistente no ordenamento jurídico interno ou por meio de uma nova opção legislativa), o Estado terá violado as suas obrigações à luz do artigo 288.º do TFUE. Geralmente uma transposição desadequada dos preceitos de uma diretiva pode ser corrigida através da interpretação da legislação doméstica à luz da letra e do fim dessa mesma diretiva. Todavia, da interpretação conforme da *nova* cláusula da Diretiva mães-afiliadas não pode resultar o agravamento da posição do sujeito se a cláusula geral anti-abuso não tivesse sido transposta de forma correta.

A consequência de uma *sub-transposição* da Diretiva 2015/121 para o Estado-membro resultaria numa discrepância entre o resultado efetivo da aplicação da *nova* cláusula pelo Estado-membro em causa e o seu objetivo primordial, censurada pelo direito da UE.

- iii) Através da adoção de uma nova norma ou da aplicação de uma norma já existente no ordenamento jurídico, os Estados podem optar por uma aplicação da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas de uma forma mais rigorosa, no sentido de estabelecerem um limite anti-abusivo mais baixo. Como consequência, um maior número de situações serão *candidatas* ao abuso. Será que esta *supra-transposição* violaria o artigo 1.º, número 2 e 3 da Diretiva mães-afiliadas? A verdade é que este tipo de implementação da norma é baseado na aplicação de um teste diferente do previsto na própria

Diretiva, o que significaria que o Estado não transpôs corretamente a norma. Não obstante, analisou-se neste estudo a natureza de “minimum rule” da cláusula geral anti-abuso, que não exclui o tipo de situações supramencionadas.

Uma cautela é, todavia, necessária. O “desvio” por parte de um Estado-membro relativamente aos mandamentos decorrentes do direito secundário da UE (neste caso, da Diretiva mães-afiliadas) não o isenta das suas obrigações relativamente ao cumprimento do direito primário da UE. Por esta razão, uma norma anti-abuso interna mais rigorosa em relação ao atual texto da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas precisa de estar de acordo com o objetivo e fim da Diretiva, bem como respeitar as liberdades fundamentais do TFUE, os direitos liberdades e garantias da Carta dos Direitos Fundamentais da UE e os princípios gerais de direito da União. A título de exemplo, a implementação de uma norma anti-abuso que permita uma discriminação ou restrição proibida pelo direito da UE²¹⁷ poderá violar as liberdades fundamentais do TFUE.

3.1. Quais as Implicações da Transposição Para os Contribuintes?

Em primeiro lugar, importa recordar que os contribuintes apenas serão afetados (diretamente) pelas consequências resultantes de aplicação de uma norma interna anti-abuso que transponha a cláusula de direito da UE. A não ser que a transposição ou a implementação da norma viole uma outra “norma superior” do ordenamento jurídico interno do Estado em causa, os contribuintes não terão legitimidade para contestar a regra doméstica de transposição, considerada conforme o direito da UE.

Por outro lado, para os Estados-membros ou para as instituições da UE é praticamente impensável desafiar a conformidade da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE com o direito da UE. Na eventualidade da norma interna de transposição da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas

²¹⁷ Será esse o caso se uma transação transfronteiriça for tributada de forma diferente – prejudicial – de uma hipotética transação interna equiparável à primeira.

violar as liberdades fundamentais do direito da UE, o contribuinte poderá recusar a sua aplicação, sem questões relativas à competência do TJUE. A situação será diferente se a norma interna de transposição violar os princípios ou os valores constitucionais do Estado em causa, na medida em que o legislador interno não terá legitimidade para impor ao contribuinte a carga fiscal. Neste caso o TJUE será chamado para se pronunciar na sequência de uma questão prejudicial dirigida pelos tribunais nacionais.

Com a transposição da cláusula do direito da UE nas legislações nacionais, os Estados-membros que ainda não tiveram a possibilidade de elaborar uma norma geral de luta contra o abuso, fá-lo-ão no momento da transposição, enquanto os Estados dotados de tal norma interna, terão o benefício adicional de poder aplicar diretamente a *nova* norma geral do direito da União. A presente norma anti-abuso de direito secundário não representa uma faculdade para os Estados-membros, não deixando margem para discricionariedade interna na implementação da medida²¹⁸.

Por fim, a cláusula geral anti-abuso agora aprovada é uma norma de permissão ou autorização, que não deixa aos Estados-membros margem de implementação. Se um Estado escolher agir à luz da autorização, não poderá exercer discricionariedade na sua ação.

4. Soberania dos Estados-membros na Implementação da Medida

No âmbito das competências fiscais atribuídas à UE, foram tomadas medidas em relação à tributação direta com base na norma geral do TFUE (artigo 115.º) relativa à harmonização das legislações nacionais, regulamentos ou normas administrativas que afetam de forma direta “o estabelecimento ou funcionamento do mercado interno”. Como exemplo, a adoção de diretivas permitiu à União estabelecer regras fiscais comuns relativas à distribuição de lucros entre empresas mãe e subsidiárias de diferentes Estados-membros. Para além destas medidas de

²¹⁸ Como exemplo de concessão da faculdade de prever que os encargos respeitantes à participação não são dedutíveis do lucro tributável da sociedade mãe, veja-se o acórdão do TJUE de 18 de setembro de 2003, *Bosal Holding*, Processo C-168/01, parágrafo n.º 23.

harmonização, a Comissão tomou diversas iniciativas de forma a coordenar os sistemas de tributação direta dos Estados-membros. Vejam-se, por exemplo, as diversas Comunicações da Comissão no sentido da melhor coordenação das políticas fiscais dos Estados.

Os Estados-membros têm, não obstante, competência para definir as suas próprias normas internas no que respeita aos restantes aspetos do seu sistema fiscal. Neste sentido, o artigo 4.º do Tratado da União Europeia sublinha que, em matéria fiscal, a soberania permanece com os Estados-membros, tendo estes competência para definir todos os aspetos do sistema fiscal (incluindo a incidência do imposto, a taxa de imposto, a liquidação, entre outros), bem como o âmbito – territorial e universal – do imposto²¹⁹.

O Tribunal de Justiça mencionou na sua jurisprudência que não obstante a tributação direta não pertencer ao leque de competências da União, as atribuições dos Estados devem ser exercidas em concordância com o direito da UE²²⁰. Na opinião da Autora, o TJUE utilizou esta afirmação como alavanca para alargar a influência da UE a matérias de exclusiva competência dos Estados²²¹. Veja-se o exemplo da tributação dos dividendos, sobre a qual o TJUE tomou uma posição favorável quanto a eliminação da dupla tributação económica através do método da isenção, por contraposição ao método de imputação, “orientando” desta forma o comportamento dos Estados. Repare-se que o TJUE não desempenhou “simplesmente” o seu papel político ou o seu papel de artista no equilíbrio entre o objetivo do mercado interno e os interesses legítimos dos Estados-membros em protegerem a sua base fiscal²²².

Por um lado, não se nega que a dimensão em que o Tribunal de Justiça considera as medidas nacionais incompatíveis com a direito da União não deve ser

²¹⁹ Edoardo Traversa, Alice Pirlot – *Chapter 6: Tax sovereignty and territoriality under siege: How far should the EU freedoms of movement impact on the territorial allocation of taxing powers between member states?* in Cécile Brokelind (coord.), *Principles of law: Function, status and impact in EU tax law*, IBFD, 2014, p. 2.

²²⁰ *Scorpio*, Processo C- 290/04.

²²¹ A este respeito relembre-se o papel do princípio da proporcionalidade na limitação da soberania fiscal dos Estados. Joao Dacio Rolim – *Proportionality and fair taxation*, Intertax, Volume 43, Issue 5, Kluwer Law International, 2015, p. 406.

²²² Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *idem nota de rodapé n.º 88*, p. 37.

questionada devido à sua legitimidade em avaliar as políticas internas à luz do direito europeu. Por outro lado, importa recordar que os Estados-membros mantêm a liberdade em determinar qual o fator ou os fatores de conexão para a eliminação da dupla tributação, com o fim de atribuir competências de tributação entre si, não ignorando o direito da União.

Quando o Tribunal de Justiça interpreta o direito da UE com o propósito de verificar se a primazia desse direito é assegurada, não pretende interferir com a forma em que os Estados-membros exercem os seus poderes, mas apenas visa estabelecer os limites do exercício desses poderes. Repare-se que são legítimas as dúvidas que poderão surgir quanto à extensão da garantia do equilíbrio entre o exercício das competências internas na transposição da norma geral ora aprovada e as imposições do mercado interno. Estão em causa, pois, os valores da soberania estadual e a realização do mercado interno. Mas qual será o correto equilíbrio entre estes valores²²³?

5. A Cláusula Geral Anti-abuso Enquanto Norma de Distribuição de Competências

Ao negar os benefícios da Diretiva mães-afiliadas, através da cláusula geral anti-abuso a UE pretende que a distribuição dos lucros pela sociedade afiliada à sua sociedade mãe não beneficie da isenção de tributação (ou da atribuição de um crédito de imposto) ao nível do Estado da sociedade mãe ou do seu estabelecimento estável. Por outras palavras, a norma anti-abuso é uma regra de distribuição de competências entre os Estados, permitindo que o Estado-membro da sociedade mãe tribute uma parte do rendimento que, se não fosse o abuso, muito provavelmente não seria tributada.

Este argumento da coesão como justificação à restrição das liberdades fundamentais foi aceite pelo Tribunal de Justiça no acórdão Marks & Spencer sob

²²³ Frans Vanistendael – *In defense of the European Court of Justice*, Bulletin of International Taxation, Volume 62, Issue 3, IBFD, 2008, pp. 90 e ss.

a terminologia “preservação da distribuição do poder de tributar entre os Estados”²²⁴, relativamente a uma transação específica.

O acórdão Marks & Spencer ganha especial relevo com a aprovação da *nova* cláusula geral anti-abuso uma vez que o Tribunal de Justiça reabriu a porta à justificação baseada na proteção da receita fiscal do Estado, que tinha negado anteriormente.

Paralelamente ao caso Marks & Spencer, as situações de abuso sob a forma de criação da sociedade afiliada ou da sociedade mãe dão aos Estados o direito de limitar os benefícios das diretivas de forma a evitar situações em que os grupos de sociedades gozem de um tratamento privilegiado em relação às empresas singulares, nomeadamente através de uma dupla não tributação dos dividendos distribuídos. Argumentou-se supra que esta situação quebra a neutralidade fiscal, justificando a adoção de medidas que restringem a liberdade de estabelecimento²²⁵.

Todavia, pela mesma lógica, admitir a distribuição de lucros entre sociedades de Estados-membros diferentes não implica *de per se* o risco de dupla não tributação dos mesmos. Consequentemente, o Estado-membro não poderá negar a distribuição de lucros de uma subsidiária nacional para uma sociedade mãe estrangeira com o argumento de que não lhe é possível tributar esta. Naturalmente, estará a favorecer os grupos de sociedades internos, o que levanta problemas de compatibilidade com o direito da União²²⁶.

6. Medidas Internas de Implementação da Cláusula

Até à data, 24 dos 28 Estados-membros da UE adotaram medidas internas (comunicadas à UE) de implementação da norma geral anti-abuso da Diretiva

²²⁴ Marks & Spencer, Processo C-446/03, parágrafo n.º 43.

²²⁵ Yariv Brauner, Ana Paula Dourado, Edoardo Traversa – *Ten years of Marks & Spencer*, Intertax, Volume 43, Issue 4, Kluwer Law International, 2015, p. 310.

²²⁶ No mesmo sentido, as Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro de 7 de abril de 2005 ao acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer, parágrafo n.º 75.

mães-afiliadas²²⁷ (que podem estrar, ou não, conformes o direito da UE), variando, no que respeita ao número (ou quantidade) de medidas internas, de uma²²⁸, para quatro medidas²²⁹ de implementação.

Procedendo-se a uma análise sucinta deste processo, Estado por Estado, constata-se que existem quatro países que não adotaram, até à data, nenhum ato no sentido da transposição da cláusula geral anti-abuso. São estes os casos da Bélgica, Estónia, Croácia e Áustria.

Em segundo lugar, vários são os Estados que, em bom rigor e na sequência da Diretiva 2015/121, não adotaram nenhum ato de concretização da norma geral, não obstante deterem no seu ordenamento jurídico medidas semelhantes às previstas na recente norma anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas. Será este o caso da República Checa (cujas medidas de implementação datam de 1992, 1993, 2009 e 2013), da Espanha (com medidas adotadas em 2003, 2004 e 2014), da Itália (cujo “Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente” data de 2000), da Letónia (que detém uma medida anti-abuso, considerada semelhante pelo legislador interno, desde 1995), e da Hungria (cuja medida foi adotada em 1996).

No que respeita aos Estados que adotaram tempestivamente medidas de implementação da norma geral nos seus ordenamentos jurídicos, veja-se o exemplo da Bulgária, Dinamarca, França, Chipre, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Roménia, Eslovénia, Eslováquia (cuja medida foi antecedida por uma outra que data do ano de 2003), Finlândia (cuja medida foi antecedida por uma outra que data de 1993), Suécia e Reino Unido (cuja medida foi antecedida por uma outra que data do ano de 2013).

No que respeita aos Estados-membros que não respeitaram o prazo de transposição, veja-se o caso da Irlanda (que publicou a Diretiva 2015/121, a 5 de janeiro de 2016), Grécia (cuja publicação da norma de transposição foi feita

²²⁷ Na sequência da Diretiva 2015/121 ou não.

²²⁸ Sendo este o caso da maior parte dos Estados-membros (que perfazem 16 ordenamentos jurídicos).

²²⁹ No caso da República Checa. Note-se que existem 6 Estados (Luxemburgo, Malta, Eslováquia, Finlândia, Suécia e Reino Unido) cujo legislador adotou 2 medidas de implementação da norma geral, e um (Espanha) que implementou 3 medidas neste sentido.

apenas no mês corrente, em 5 de abril de 2016), Lituânia (cuja data foi de 25 de março de 2016) e, por fim, Portugal (com data de publicação de 29 de fevereiro de 2016).

A Alemanha foi o único Estado da UE que notificou, a 25 de março de 2015, considerar não ser necessária nenhuma medida de execução da norma geral anti-abuso.

Em suma, resulta do exposto que metade dos Estado-membros da UE adotaram medidas internas tempestivas de implementação da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas nos ordenamentos jurídicos internos, na sequência da Diretiva 2015/121, enquanto cinco Estados (dos restantes dez que comunicaram à UE as medidas internas de execução) consideraram deter medidas equiparáveis à norma em análise, não tendo adotado nenhum ato material de execução, sendo que os restantes (com exceção da Alemanha) transpuseram a norma fora de prazo.

7. Reações de Alguns Estados à Cláusula Geral Anti-abuso da Diretiva Mães-afiliadas

7.1. A Posição de Alguns Estados-membros da UE Relativamente à Nova Cláusula

As próximas páginas têm como objetivo analisar as reações de alguns Estados-membros à implementação da medida europeia ora em análise, bem como as respetivas medidas tomadas neste sentido pelo legislador nacional.

Como ponto de partida, irão ser analisados alguns exemplos de legislação interna que refletem as ações implementadas (ou em vias de implementação) pelos legisladores domésticos na sequência do plano de ação da Comissão e da OCDE.

Comece-se por analisar o exemplo dos Estados que não adotaram, em bom rigor, nenhuma medida de execução da cláusula geral por considerarem que as normas internas de que dispõem traduzem os valores subjacentes à nova

norma. Neste sentido, em janeiro de 2015, através da entrada em vigor no novo “Código do IRC”²³⁰ a Espanha introduziu, no seu artigo 21.º, um novo regime de “participation exemption”, estendendo-o às empresas subsidiárias nacionais. Não obstante os dividendos de fonte espanhola beneficiarem, à data, de uma total isenção sob certas condições, o regime deixa de estar circunscrito exclusivamente às participações em empresas não residentes. Desta forma, o regime admite uma isenção dos lucros obtidos num contexto interno. Esta nova legislação, não obstante não ter sido adotada na sequência da Diretiva 2015/121, reformulou a cláusula anti-abuso interna à luz da Diretiva mães-afiliadas, que poderá ser invocada, também, nas situações em que a empresa mãe espanhola detenha participações numa empresa não residente na UE. A nova norma tem uma formulação simples, fazendo referência apenas às razões económicas válidas e à substância da atividade da empresa mãe residente na UE.

No que toca aos Estados que transpuseram em tempo a nova norma, veja-se o exemplo sueco, cuja norma geral anti-abuso não tinha aplicação nem às situações de retenção na fonte nem aos não residentes. Por esta razão, a Suécia considerou necessária a implementação interna do “principal purpose test” presente no artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-filiadas, desenvolvendo trabalhos preparatórios neste sentido. A nova norma anti-abuso sueca implica o alargamento da norma anterior a situações de retenção na fonte e aos não residentes. Todavia, o legislador sueco tomou consciência de que a proposta aumentará os casos litigiosos da administração fiscal contra alguns esquemas ou estruturas, incluindo situações em que uma empresa “holding” não residente detenha participações numa empresa residente²³¹.

Da mesma forma e na sequência do Relatório BEPS, o Reino Unido manifestou o seu interesse em melhorar a sua norma geral anti-abuso no que respeita ao *principal ou um dos principais objetivos de obter uma vantagem fiscal, que conste na redução ou eliminação da carga fiscal através de*

²³⁰ Alterado a 28 de novembro de 2014.

²³¹ Veja-se a análise das propostas suecas em Annual International Bar Association Conference 2015, Vienna, Austria - Recent developments in Sweden, May 2015.

qualquer meio. Prevê-se que o impacto da *nova* cláusula anti-abuso europeia no ordenamento jurídico inglês seja pouco significativo devido ao seu regime de retenção na fonte sobre os dividendos *outbound* e às suas rigorosas normas anti-abuso aplicadas aos dividendos *inbound*. Todavia, esta iniciativa anti-abuso pode ser vista como um indicador dos restantes objetivos traçados pela Comissão para a luta contra o abuso fiscal no que respeita à coordenação de medidas na UE.

O Reino Unido considera que a adoção de pequenas alterações de procedimento na cláusula geral anti-abuso irá fortalecer o impacto da norma na resposta aos esquemas abusivos. Por isso, a 9 de dezembro de 2015 foram publicadas as respostas à consulta pública relativa à medida política de fortalecimento da norma geral anti-abuso interna que estabelece sanções para os casos de aplicação da norma²³². Esta medida contou com a revisão do Orçamento de Estado para 2016 (“Finance Bill 2016”), que prevê uma medida sancionatória para a cláusula geral²³³.

Em terceiro lugar, em 18 de dezembro de 2013, os Países Baixos publicaram um Decreto, com vigência a partir de janeiro de 2014²³⁴, nos termos do qual os grupos de empresas devem declarar se cumprem ou não determinados requisitos de substância, impondo desta forma critérios mínimos de realidade económica para empresas “holding” que pretendam obter decisões fiscais nos Países Baixos²³⁵.

O reconhecimento do estatuto de residente poderá ser negado ao contribuinte, na medida em que não forem preenchidos os seguintes requisitos à luz do acordo fiscal:

a). pelo menos 50% dos administradores tenham nacionalidade holandesa;

²³² Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/tax-administration-new-threshold-condition-for-promoters-of-tax-avoidance-schemes>

²³³ Disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/finance-bill-2016-draft-legislation-overview-documents/overview-of-legislation-in-draft>

²³⁴ Decree of 18 December 2013, Stb. 569, 2013, publicado em 30 de dezembro de 2013.

²³⁵ Norbert Vis – *Introduction of substance requirements for Netherlands holding companies*, European Taxation, Volume 54, Issue 12, IBFD, 2014, p. 583.

- b). os administradores possuam competências para o desempenho de tarefas consideradas decisivas;
- c). os membros (funcionários) sejam qualificados para uma adequada implementação das transações;
- d). as principais decisões sejam tomadas nos Países Baixos;
- e). as principais contas bancárias sejam conservadas nos Países Baixos;
- f). a contabilidade esteja fixada nos Países Baixos;
- g). o domicílio fiscal seja nos Países Baixos;
- h). não seja considerad(o)a residente fiscal noutro Estado;
- i). o capital seja adequado às funções exercidas, considerando os ativos à luz do risco assumido.

De acrescentar que, em 15 de setembro de 2015, o governo holandês apresentou uma proposta de Orçamento de Estado para 2016 que contém duas medidas equivalentes às recentes alterações à Diretiva mães-afiliadas. Uma delas consiste numa norma anti híbridos e a outra numa cláusula geral anti-abuso.

Quanto a esta última, não irá afetar o regime interno de isenção de retenção na fonte para os residentes na UE e nem o regime de “participation exemption” por ter sido considerado, internamente, compatível com os preceitos do TFUE.

Por fim, em 5 de agosto de 2015, o Luxemburgo apresentou uma proposta de Orçamento de Estado para 2016 de implementação das alterações à Diretiva mães-afiliadas. Esta proposta será descrita no próximo Ponto deste estudo dado o seu reporte a um ordenamento jurídico considerado, até 2011, um paraíso fiscal²³⁶.

²³⁶ A Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro retirou da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada (aprovada pela Portaria n.º 150/2004 de 13 de fevereiro) a República de Chipre e as holdings 1929 do Luxemburgo, com efeitos a partir de 9 de novembro de 2011.

7.2. A Cláusula Geral Anti-abuso Proposta por Luxemburgo

À luz da norma geral anti-abuso adotada em conformidade com o artigo 1.º, número 2 da Diretiva, o regime de “participation exemption” não é aplicado às transações abusivas (interpretadas à luz da Diretiva). O texto proposto para a cláusula é em tudo semelhante ao do preceito supramencionado.

A proposta de Orçamento de Estado para 2016 inclui a adoção, por parte do Luxemburgo, do artigo 147.º do Código de Imposto sobre as Pessoas Coletivas (“Luxembourg Income Tax Law”) que nega os benefícios da isenção de retenção na fonte:

- (i) em relação ao lucro pago:
 - a) a uma empresa residente num outro Estado-membro da UE que esteja coberta pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º da Diretiva mães-afiliadas²³⁷;
 - b) a um estabelecimento estável situado num outro Estado-membro;
 - e
- (ii) se tal lucro for pago enquanto parte de uma montagem ou série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto ou a finalidade da Diretiva, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.

Para efeitos da cláusula geral anti-abuso, uma montagem que possa ser composta por vários passos ou partes [ou uma série de montagens] é considerada não genuína na medida em que não seja posta em prática por razões comerciais válidas que reflitam a realidade económica.

²³⁷ O artigo 2.º da Diretiva exige que uma empresa (i) revista uma das formas enumeradas na parte A do anexo I; (ii) seja considerada, de acordo com a legislação fiscal de um Estado- membro, como tendo nele o seu domicílio fiscal e que, nos termos de uma convenção em matéria de dupla tributação celebrada com um Estado terceiro, não seja considerada como tendo domicílio fiscal fora da União; e (iii) esteja sujeita, sem possibilidade de opção e sem deles se encontrar isenta, a um dos impostos enumerados na parte B do anexo I ou a qualquer outro imposto que possa vir a substituir um destes impostos.

O teste anti-abuso supramencionado, que é muito próximo do recomendado pela UE, abrange montagens:

- (i) que tenham como principal ou um dos principais objetivos a obtenção de uma vantagem fiscal;
- (ii) que não sejam genuínas, ou seja, adotadas sem razões comerciais válidas que reflitam realidade económica; e
- (iii) em que o reconhecimento dessas vantagens frustrará o direito da UE, designadamente objeto e o fim da Diretiva mães-afiliadas.

Como se pode concluir com facilidade, esta formulação corresponde, em grande parte, ao texto da cláusula geral anti-abuso aprovada na Diretiva mães-afiliadas.

7.3. Guias na Implementação Pelos Estados-membros da Cláusula Geral Anti-abuso

Na adoção da norma geral anti-abuso no direito interno, o legislador nacional não pode descurar que o direito primário da UE é hierarquicamente superior ao direito secundário [da UE]. Consequentemente, os Estados não devem frustrar, por ato unilateral ou bilateral, o direito primário da UE e as liberdades fundamentais previstas no TFUE ou no Tratado da União Europeia, através de comportamentos que prejudiquem o mercado interno²³⁸.

Um exemplo deste comportamento censurável seria o de um regime fiscal interno que pratique uma isenção de retenção na fonte sobre os dividendos distribuídos internamente, sujeitando as situações transfronteiriças à aplicação da norma geral anti-abuso. Este tratamento diferenciado e desvantajoso viola as liberdades fundamentais e frustra o objetivo da Diretiva mães-afiliadas (i.e., de proporcionar condições equitativas entre transações internas e transfronteiriças). Será que a *nova* cláusula geral tem um poder suficiente para

²³⁸ Rita Szudoczky – *The sources of EU law and their relationships: Lessons for the field of taxation*, Volume 32 in the Doctoral Series, Section 7.4.4.2, IBFD, 2014, p. 53; Mario Tenore, Georg Kofler – *Fundamental freedoms and directives in the area of direct taxation*, in Dennis Weber (coord.), *Traditional and alternative routes to European tax law integration*, Section 13.1, IBFD, 2010, p. 311.

anular estes efeitos restritivos ou discriminatórios? Na eventualidade de não ser esse o caso, poderá o TJUE declarar esse preceito da Diretiva desconforme o direito da UE²³⁹?

A Autora recorda que, uma vez a norma ser considerada de acordo com o princípio de proibição de abuso desenvolvido pelo TJUE na sua jurisprudência, a mesma será qualificada como medida justificada no que respeita à restrição das liberdades fundamentais. Portanto, para os efeitos do presente estudo, será viável partir do pressuposto que a norma geral anti-abuso não viola o direito primário da UE.

Por esta ordem de ideias, parece razoável concluir que o direito secundário da UE (neste caso, a própria Diretiva mães-afiliadas) será chamado à colação aquando do ajuizamento da compatibilidade da legislação interna de um Estado através da qual se procedeu à transposição da *nova* cláusula geral anti-abuso com o direito da UE.

Veja-se.

A doutrina ensina que, nas matérias de completa harmonização, a legislação de transposição interna será apreciada à luz do direito secundário, e não do primário da UE, na medida em que o direito secundário esteja de acordo com o direito primário da União²⁴⁰. Todavia, a norma geral anti-abuso ora aprovada no direito da UE introduz uma harmonização mínima, sendo que os Estados podem introduzir requisitos mais severos do que os plasmados na cláusula. Nestes casos, o direito primário terá aplicação ao mesmo tempo que o direito secundário da UE na apreciação das medidas internas de transposição da cláusula. O *simples* facto de uma norma interna de transposição da Diretiva mães-afiliadas estar de acordo com o direito secundário da UE, não o exonera da obrigatoriedade de conformidade com o escopo do direito primário.

²³⁹ Note-se que as situações em que o TJUE declarou o direito secundário da UE desconforme com o direito primário são escassíssimas.

²⁴⁰ Phil Syrpis – *The relationship between primary and secondary law in the EU*, Common Market Law Review, Volume 52, Issue 2, Kluwer Law International, 2015, p. 461.

De notar que esta obrigação dos Estados implementarem, pelo menos, os requisitos mínimos presentes na cláusula geral anti-abuso, constitui uma rutura com o passado. Observou-se neste estudo que o fim da Diretiva mães-afiliadas consiste (tal como nas outras diretivas sobre a tributação direta) em eliminar os obstáculos ao mercado interno e zelar por um tratamento fiscal das situações intraeuropeias, pelo menos tão vantajoso como o adotado para as transações puramente internas. Sob esta perspetiva, a Diretiva foi estruturada com um nível de mínima harmonização no sentido de que os Estados estariam livres de adotar um regime mais favorável para as situações transfronteiriças, dentro do escopo da Diretiva ou alargar os seus benefícios a casos que estariam, *ab initio*, fora do seu âmbito.

Na mesma lógica, o atual artigo 1.º, números 2 e 3 da Diretiva mães-afiliadas não traz uma harmonização completa em matéria de distribuição de lucros no espaço europeu. Adicionalmente, o número 4 do artigo 1.º autoriza os Estados-membros a aplicarem, “discrecionariamente”, normas anti-abuso internas ou de tratados bilaterais para negação dos benefícios da Diretiva. Portanto, a atuação dos Estados em limitarem o abuso deve ser ponderada tanto à luz da Diretiva como à luz do direito primário da UE.

Quanto à implementação e aplicação prática da norma geral anti-abuso, ficam em aberto algumas questões relativas à margem de discricionariedade que os Estados têm na implementação da cláusula e à viabilidade de negação pelos Estados dos benefícios de uma norma da legislação nacional ou que resulte de um tratado bilateral perante a aplicação da cláusula geral anti-abuso.

CAPÍTULO SÉTIMO

A CLÁUSULA GERAL ANTI-ABUSO DO DIREITO DA UE E O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS

1. Enquadramento do Anterior Regime Português

O regime português transpôs por completo o regime da Diretiva mães-afiliadas, determinado um regime de isenção de retenção na fonte sobre os dividendos *outbound* e *inbound*. No que respeita aos dividendos *outbound*, o artigo 14.º, número 3 do Código do IRC, com a epígrafe “Outras isenções”, prevê “Estão isentos os lucros e reservas que uma entidade residente em território português, sujeita e não isenta de IRC ou do imposto referido no artigo 7.º e não abrangida pelo regime previsto no artigo 6.º, coloque à disposição de uma entidade que:

a) seja residente:

- 1) noutro Estado membro da União Europeia;
- 2) num Estado membro do EEE que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia;
- 3) num Estado com o qual tenha sido celebrada e se encontre em vigor convenção para evitar a dupla tributação que preveja a troca de informações;

b) esteja sujeita e não isenta de um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC desde que, nas situações previstas na subalínea 3) da alínea anterior, a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º;

c) Detenha direta ou direta e indiretamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º, uma participação não inferior a 5% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas;

d) Detenha a participação referida na alínea anterior de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à colocação à disposição;”.

Por outras palavras, a isenção de retenção na fonte sobre os dividendos pagos, nos termos do artigo 14.º, número 3 do Código do IRC, por uma empresa afiliada à sua empresa mãe, residente num outro Estado-membro da UE (dividendos *outbound*), é sujeita aos seguintes requisitos:

- a empresa recetora dos dividendos detenha uma participação não inferior a 5% do capital social ou dos direitos de voto da entidade (portuguesa) que distribui os lucros ou reservas;
- a participação referida seja detida, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à colocação à disposição;
- a empresa mãe e a empresa subsidiária (portuguesa) sejam residentes na UE e sejam empresas “qualificadas” para efeitos do artigo 2.º da Diretiva mães-afiliadas.

Por outro lado, o regime de isenção relativo aos dividendos *inbound*, previsto no artigo 51.º, número 1 do Código do IRC prevê “Os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de IRC com sede ou direção efetiva em território português não concorrem para a determinação do lucro tributável, desde que se verifiquem cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) O sujeito passivo detenha direta ou direta e indiretamente, nos termos do n.º 6 do artigo 69.º, uma participação não inferior a 5 % do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas;
- b) A participação referida no número anterior tenha sido detida, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à distribuição ou, se detida há menos tempo, seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período;
- c) O sujeito passivo não seja abrangido pelo regime da transparência fiscal previsto no artigo 6.º;
- d) A entidade que distribui os lucros ou reservas esteja sujeita e não isenta de IRC, do imposto referido no artigo 7.º, de um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC e a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º;
- e) A entidade que distribui os lucros ou reservas não tenha residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável

constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças.”.

Desta forma, a legislação portuguesa adotou, no artigo 51.º, número 1 do Código do IRC, um regime de isenção de retenção na fonte sobre os dividendos recebidos por uma empresa mãe portuguesa de uma empresa subsidiária portuguesa ou europeia residente num outro Estado-membro da UE (dividendos *inbound*), sujeito aos seguintes condicionalismos:

- a empresa mãe portuguesa detenha uma participação não inferior a 5 % do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas;
- a participação referida tenha sido detida, de modo ininterrupto, durante os 24 meses anteriores à distribuição ou, se detida há menos tempo, seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período;
- a empresa mãe (portuguesa) e a empresa subsidiária sejam residentes na UE e sejam empresas “qualificadas” para efeitos do artigo 2.º da Diretiva mães-afiliadas.

Na eventualidade de os requisitos supramencionados não estarem preenchidos, o regime português disponibiliza, para os lucros e reservas distribuídos ao sujeito passivo, um crédito de imposto por dupla tributação internacional nos termos do artigo 51.º número 9 do Código do IRC²⁴¹.

Para além deste regime específico anti-abuso, o ordenamento português dispõe de uma norma geral anti-abuso cuja incidência subjetiva abrange os contribuintes, residentes ou não residentes no território português. O seu âmbito objetivo estende-se aos atos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal do imposto que seria devido ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas de outra forma. A estatuição da norma consiste na ineficácia tributária dos atos na medida em que:

²⁴¹ Nos termos do qual “Nos casos em que os requisitos previstos nos números anteriores não se encontrem preenchidos, os lucros e reservas distribuídos ao sujeito passivo podem ainda beneficiar de crédito de imposto por dupla tributação internacional, nos termos do disposto nos artigos 91.º e 91.º-A.”.

- é efetuada a tributação de acordo com as normas aplicáveis na ausência dos atos;
- não se produzem as vantagens fiscais pretendidas pelo contribuinte.

Para além destes limites resultantes das normas anti-abusiva específicas supramencionadas, o regime de isenção de retenção na fonte obedece ao preceituado na cláusula anti-abuso de carácter geral, prevista no artigo 38.º, número 2 da LGT²⁴², segundo qual ”(...) 2 - São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”.

A cláusula geral anti-abuso portuguesa permite às autoridades tributárias desconsiderarem os atos principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos. Consequentemente, no que toca às relações com outros Estados-membros da UE, a norma geral portuguesa exige que a transação tenha [alguma] substância económica para que sejam reconhecidas as vantagens fiscais previstas no código.

2. Algumas Notas Relativamente ao Atual Regime Português

2.1. As Alterações Mais Recentes

No dia 21 de dezembro de 2015, deu entrada na Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 7/XIII (GOV) que altera o Código do IRC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, transpondo a Diretiva 2015/121, do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, que altera a Diretiva n.º 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime

²⁴² Artigo 38.º, n.º 2, na redação dada pela Lei n.º 30-G/2000 de 29 de dezembro à LGT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98 de 17 de dezembro de 1998.

fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes.

No dia 22 de dezembro de 2015 a proposta foi admitida pela Assembleia da República, cuja discussão na generalidade foi agendada para a sessão plenária do dia 7 de janeiro de 2016. No próprio dia foi emitido um Parecer da Comissão de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa (COFMA) a este respeito, e a 4 de janeiro de 2016, foi elaborada uma Nota Técnica da COFMA, as duas favoráveis à subsequente tramitação da Proposta de Lei, de ponto de vista constitucional, legal e regimental.

Curiosamente, a Proposta de Lei não foi acompanhada por estudos, documentos ou pareceres que tenham fundamentado a sua apresentação, nos termos previstos no artigo 124.º, número 3 do Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, de 20 de agosto²⁴³. Todavia, o primeiro parágrafo do Projeto de Lei apresentou uma exposição de motivos que, em bom rigor, não fundamenta a transposição da Diretiva 2015/121. Note-se que as justificações (ou a exposição de motivos, bem com os preâmbulos) não são obrigatórias nos atos legislativos da Assembleia da República, embora alguns autores entendam que a sua inserção poderia ser importante, em prol da transparência do processo legislativo, da redução de custos atinentes à ineficácia de algumas leis e da eventual redução do que já se designa por “inflação legislativa” (estes últimos fatores não apenas superáveis através da existência ou não de preâmbulos, mas da aplicação de outras medidas, designadamente dos referidos estudos de impacto, que não cabe, neste contexto, apreciar)²⁴⁴.

Caso exista uma exposição de motivos, (como foi o caso), o Projeto de Lei deverá mencionar os seguintes aspetos:

²⁴³O texto do Regimento da Assembleia da República foi consolidado nos termos do artigo 3.º do Regimento da Assembleia da República n.º 1/2010, de 14 de outubro, tendo sido introduzidas as alterações às grelhas constantes do anexo I, efectuadas por deliberação da Conferência de Líderes de 17 de novembro de 2009.

²⁴⁴ Vejam-se neste sentido as Regras de Legística a Observar na Elaboração de Atos Normativos da Assembleia da República.

- i. as linhas orientadoras da lei e a sua motivação (incluindo estudos de impacto em que se saliente, em especial, a necessidade de um novo ato, a relação entre custo e benefício e a definição clara dos objetivos a atingir);
- ii. a realização de consultas a cidadãos eleitores (uma vez que o direito de participação é um dos alicerces de um verdadeiro Estado de direito democrático);
- iii. a negociação e a participação ou audição de entidades (procedendo-se à identificação das entidades envolvidas e do seu carácter obrigatório ou facultativo, quando for caso disso).

Ora, a exposição de motivos plasmada na Proposta de Lei (mas que não foi transposta para o texto final da Lei) apenas descrevia aquilo que era, de facto, o objeto do diploma, nomeadamente a transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 2015/121, adaptando o Código do IRC ao conteúdo daquela Diretiva, publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 28 de janeiro de 2015, não cumprindo, em bom rigor, nenhum dos aspetos supramencionados.

2.2. O Regime Aplicável à Distribuição de Dividendos em Portugal

À data da apreciação da Proposta de Lei pela Assembleia da República, por um lado o artigo 14.º do Código do IRC em vigor isentava de retenção na fonte em Portugal a distribuição de resultados efetuada por uma empresa portuguesa em cinco situações diferentes. Em particular, nos casos que respeitem a empresas residentes na UE, a isenção tinha lugar se:

- i. a sociedade subsidiária portuguesa e a sociedade mãe observassem uma das formas de sociedade previstas na alínea v) da parte A do anexo I da Diretiva mães-afiliadas, nomeadamente “as sociedades comerciais ou as sociedades de direito civil sob forma comercial e as cooperativas e empresas públicas constituídas nos termos do direito português”;
- ii. ambas se tivessem os rendimentos sujeitos a imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas sem poderem usufruir de isenção;

- iii. a sociedade mães detivesse uma participação igual ou superior a 10% na sociedade subsidiária portuguesa durante o período mínimo de um ano;
- iv. se fizesse prova da residência da entidade beneficiária dos rendimentos mediante a obtenção de uma declaração emitida e autenticada pelas autoridades fiscais respetivas de que a entidade beneficiária preenche os requisitos previstos para beneficiar da isenção, o que deve acontecer antes da data do pagamento ou da colocação dos rendimentos à disposição.

Nas situações em que se tratasse de um estabelecimento estável situado noutro Estado-membro da UE ou do EEE, a isenção poderia ter lugar se se estiver perante uma entidade residente num Estado-membro da UE que cumpra os quatro critérios previstos para a situação anterior e que detenha, total ou parcialmente, por intermédio do estabelecimento estável, uma participação direta não inferior a 10% e desde que esta tenha permanecido na sua titularidade, continuamente, pelo período de um ano.

Poderia, ainda, beneficiar da isenção um estabelecimento situado noutro Estado-membro da UE ou do EEE de uma entidade residente noutro Estado-membro do EEE que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida em sede da UE.

Por fim, do mesmo benefício gozaria a sociedade mãe residente na Confederação Suíça, nos termos referidos no artigo 15.º do Acordo entre a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça²⁴⁵, que prevê medidas equivalentes às previstas na Diretiva da poupança²⁴⁶, se:

- i. a sociedade beneficiária dos lucros tiver há, pelo menos dois anos, uma participação mínima direta de 25% no capital da sociedade que distribui os lucros;

²⁴⁵ Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:22011A1116\(01\)&rid=1](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:22011A1116(01)&rid=1)

²⁴⁶ Diretiva n.º 2003/48/CE, do Conselho de 3 de junho.

- ii. nem a sociedade mãe suíça nem a sociedade subsidiária portuguesa tiveram residência fiscal no Estado terceiro com o qual Portugal e Suíça tenham celebrado acordos com vista a evitar a dupla tributação;
- iii. as duas entidades estiverem sujeitas a tributação do rendimento das pessoas coletivas sem que beneficiem de qualquer isenção e ambas revistam a forma de sociedade limitada;
- iv. for feita prova de que a entidade beneficiária cumpre as condições que lhe reconhecem a isenção prevista através da emissão de uma declaração confirmada e autenticada pelas autoridades fiscais competentes²⁴⁷.

Por outro lado, o artigo 51.º do Código do IRC determinava (e determina) a eliminação da dupla tributação económica sobre os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas com sede ou direção efetiva em território português, desde que:

- i. o sujeito passivo detivesse, direta ou indiretamente, uma participação não inferior a 5% do capital social ou dos direitos de voto da entidade que distribui os lucros ou reservas;
- ii. a participação referida na alínea anterior tivesse sido detida, de forma ininterrupta, durante os dois anos anteriores à distribuição, a menos que, caso fosse detida há menos tempo, fosse mantida durante o tempo necessário para atingir o período de dois anos;
- iii. o sujeito passivo não fosse abrangido pelo regime de transparência fiscal consagrado no artigo 6.º do Código do IRC;
- iv. a sociedade que distribui os lucros ou reservas estivesse sujeita, mas não isenta, do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, do imposto aplicável aos rendimentos diretamente resultantes do exercício da atividade sujeita ao imposto especial de jogo, de um imposto previsto no artigo 2.º da Diretiva mães-afiliadas ou de um imposto semelhante ou equiparável ao imposto sobre o rendimento das

²⁴⁷ A estas situações acresce a isenção concedida a uma entidade residente num Estado-membro do EEE que estiver vinculado a cooperação administrativa na área fiscal que equivalha à estabelecida no âmbito da UE, se as duas entidades preencherem condições equiparáveis, com as necessárias adaptações, às previstas no artigo 2.º da Diretiva mães-afiliadas e fizerem prova do cumprimento da verificação das respetivas condições e requisitos.

peças coletivas e a taxa legal aplicável à entidade não fosse inferior a 60% da taxa do IRC prevista no artigo 87.º, número 1 do Código do IRC;

- v. a sociedade que realiza a distribuição dos lucros ou reservas não tivesse residência ou domicílio num país, território ou região que estivessem sujeitos a um regime fiscal mais favorável que conste da lista oficial aprovada pelo Ministério das Finanças.

O artigo 51.º-D prevê ainda a aplicação dos artigos 51.º e 51.º-D aos lucros e reservas distribuídos, bem como às mais-valias e às menos-valias nos termos do artigo 51.º-C (com a epígrafe “Mais-valias e menos-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais”), que sejam imputáveis a um estabelecimento estável situado em território português de uma entidade residente num Estado-membro da UE e do EEE, desse que esta entidade preencha os requisitos e condições estabelecidos no artigo 2.º, números 1 e 2 da Diretiva mães-afiliadas.

2.3. A Proposta de Lei n.º 7/XIII/1.ª (GOV)

Exatamente um ano após a aprovação da Diretiva 2015/121, na sequência da reunião ocorrida na COFMA, a Assembleia da República tornou público o texto final da Proposta de Lei n.º 7/XIII/1.ª (GOV).

A Proposta supramencionada procedeu à alteração dos artigos 14.º e 51.º do Código do IRC nos seguintes termos:

- i. foram acrescentados os números 17.º e 18.º ao artigo 14.º, onde se lia, numa primeira redação, “17 - O disposto nos n.ºs 3, 6 e 8 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. 18 - Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou uma série de

- construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.”
- ii. foram acrescentados os números 11.º e 12.º ao artigo 51.º do Código do IRC com o texto inicial “O disposto no n.º 1 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. 12 - Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.”

A Proposta de Lei não mereceu nenhum comentário ao Governo dos Açores, cuja resposta foi comunicada no dia 4 de janeiro de 2016²⁴⁸, nem ao Governo da Madeira, cujo parecer favorável foi divulgado no dia 14 de janeiro de 2016²⁴⁹.

A discussão na generalidade do diploma ocorreu a 7 de janeiro de 2016, sendo que um dia depois a Proposta foi aprovada por unanimidade, o que sucedeu também em sede de votação final global. Através da Informação n.º 12/DAPLEN/2016, de 1 de fevereiro de 2016, a COFMA fixou a redação final do texto, cuja 1ª versão foi publicada no Decreto da Assembleia n.º 10/XIII, aprovado em 29 de janeiro de 2016 e publicado em 5 de fevereiro de 2016. O

²⁴⁸ Consulte-se o documento original, com a referência SAI-GAPS/2016/1, em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c306476646b466a62334a6c63793177634777334c56684a53556b756347526d&fich=GovAcores-ppl7-XIII.pdf&Inline=true>

²⁴⁹ Veja-se o texto integral do Parecer emitido pela 2ª Comissão Especializada Permanente de Economia, Finanças e Turismo da Região Autónoma da Madeira, em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c30467a633031685a475670636d4574634842734e79315953556c4a4c6e426b5a673d3d&fich=AssMadeira-ppl7-XIII.pdf&Inline=true>

diploma foi promulgado no dia 18 de fevereiro de 2016, dando origem à publicação da Lei n.º 5/2016, de 29 de fevereiro.

Nesta sua redação, a Lei n.º 5/2016, de 29 de fevereiro, que alterou o Código do IRC, deu a seguinte redação aos números 17 e 18 do artigo 14.º:

“17 - O disposto nos n.os 3, 6 e 8 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. 18 - Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.”

No que respeita aos números 11.º e 12.º do artigo 51.º do Código do IRC, a Proposta de Lei n.º 7/XIII/1.^a (GOV) apresentou uma nova redação destes preceitos, que se encontraram, à data, revogados na sequência da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro, que procedeu à reforma da tributação das sociedades, alterando o Código do IRC e o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de novembro. A Lei n.º 5/2016 cumpriu a técnica legislativa e o princípio da certeza jurídica, fazendo com que as alterações propostas ao artigo 51.º constassem como aditamentos de novos números 13 e 14, permanecendo os números 11 e 12 revogados e mantendo, deste modo, o histórico de alterações da norma.

Resulta que a COFMA seguiu o parecer do Deputado Filipe Neto Brandão (PS)²⁵⁰ e a Informação da Assembleia da República n.º 12/DAPLEN/2016, de 1 de fevereiro de 2016, procedendo às seguintes alterações ao artigo 51.º do Código do IRC: “13 - O disposto no n.º 1 não é aplicável aos lucros e reservas distribuídos quando exista uma construção ou série de construções que, tendo

²⁵⁰ Disponível em <http://app.parlamento.pt>

sido realizada com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que fruste o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre tais rendimentos, não seja considerada genuína, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes. 14 - Para efeitos do número anterior, considera-se que uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.”.

Desta forma, o legislador português optou por dividir a cláusula geral em duas normas setoriais anti-abuso, não obstante o seu texto coincidir maioritariamente. O enquadramento sistemático das normas respeitam a lógica organizativa do Código do IRC, que dedica preceitos autónomos aos dividendos *outbound* e aos dividendos *inbound*.

Os termos comuns utilizados pelo legislador na formulação adotada para as duas cláusulas setoriais anti-abuso devem ser interpretados, na opinião da Autora, em conformidade com o sentido atribuído a cada um dos conceitos expostos no Capítulo Quarto do presente estudo.

3. O Ónus de Prova da Motivação Preponderante

A *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE nada menciona no que respeita ao ónus de prova dos seus elementos constitutivos, tal como não o faz a norma portuguesa de transposição. Por esta razão, no ordenamento jurídico português regerá a regra geral prevista no artigo 74.º, número 1 da LGT nos termos da qual o ónus da prova funciona em favor do contribuinte quanto às normas de incidência relacionadas com os factos constitutivos dos direitos da administração tributária²⁵¹.

A experiência portuguesa revelou que a superação pela autoridade tributária do elemento subjetivo constitutivo da norma anti-abuso tem sido complexa. De sublinhar que o elemento subjetivo supramencionado surge relacionado com o ato

²⁵¹ Neste sentido, Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, p. 241.

ou negócio e não com o contribuinte em si. Como é natural, não se exige que a autoridade tributária demonstre, para além da dúvida razoável, que a obtenção da vantagem fiscal foi o motivo preponderante da transação, bastando poder inferir que “é razoável concluir que tais motivos estiveram presentes”.

Este ónus de prova da autoridade tributária garantirá a aniquilação do risco de negação discricionária dos benefícios da eliminação da dupla tributação, que compõem o objeto e o fim da Diretiva mães-afiliadas cuja presença está marcada nas duas normas setoriais anti-abuso portuguesas. Desta forma, a cláusula geral anti-abuso evidencia, não obstante, o objetivo último da Diretiva que consiste na eliminação ou na redução da dupla tributação.

A preservação desses benefícios resulta do preâmbulo da Diretiva e da interpretação sistemática dos parâmetros que estão na base das três diretivas sobre a tributação direta analisadas no Ponto 1 do Capítulo Segundo do presente estudo²⁵².

4. O Sentido de Oportunidade na Transposição da Nova Norma de Direito da UE

Para além das duas normas anti-abuso específicas de luta contra os fenómenos abusivos supramencionadas, relacionadas com a distribuição de dividendos, o ordenamento jurídico português dispõe, também, de uma norma anti-abuso de carácter geral nos termos expostos infra.

Numa lógica de comparação e atenta a análise feita no que respeita aos elementos (subjeto e objetivo) do artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas ora transposto para o ordenamento interno, procede-se de seguida a uma análise semelhante, mas sucinta, no que respeita à norma geral portuguesa, análise essa justificada pelas conclusões da Autora no que respeita à oportunidade da transposição da norma europeia por parte de Portugal.

²⁵² Não se pode dizer a mesma coisa sobre o teste PPT proposto pela OCDE, visto que a determinação do objeto e fim de um acordo fiscal, mesmo fundado na CM-OCDE e nos seus Comentários, traduz as opções dos Ministros das Finanças de cada Estado contratante da OCDE.

Em Portugal, a norma geral anti-abuso presente no artigo 38.º, número 2 da LGT justifica-se enquanto mecanismo de aplicação da doutrina de fraude à lei no sentido em que se a lei pretender atingir com o imposto determinada capacidade contributiva, recorrendo para o efeito a atos ou negócios que normalmente são utilizados para alcançar o fim económico, as situações em que o contribuinte atingir esse mesmo fim com recurso a atos ou negócios jurídicos lícitos, mas inusuais ou artificiosos, deverão levar à sua sujeição a idêntico imposto.

No ordenamento jurídico português, para que tal seja possível, a administração tributária deverá demonstrar os seguintes aspetos:

- a) a existência de negócios jurídicos de idêntico fim aos efetivamente praticados pelo contribuinte;
- b) que as transações (atos ou negócios) adotados pelo contribuinte representam um meio artificioso e com abuso de forma(s) jurídica(s) de obter um regime fiscal diferente do aplicado aos negócios que teriam sido normalmente adotados em circunstâncias idênticas (ou seja, demonstração da artificialidade da transação);
- c) que a não aplicação da norma geral se traduz numa redução, eliminação ou diferimento do imposto devido; e
- d) que a aplicação de tal regime foi o objetivo essencial ou principal subjacente à utilização pelo contribuinte da forma jurídica escolhida.

É fácil concluir que o ónus de prova da autoridade tributária portuguesa é complexo, o que ajuda a explicar as escassas oportunidades de efetiva invocação da norma. A título meramente indicativo, note-se que a norma anti-abuso data, na sua versão inicial, do ano de 1999, tendo sido modificada no ano de 2000, altura em que adotou a sua versão atual. A norma geral anti-abuso portuguesa teve a sua primeira aplicação apenas onze anos depois, no ano de 2011, no âmbito de uma ação administrativa especial, e não será, certamente, por escassez de práticas de fraude à lei fiscal portuguesa²⁵³. Mediaram, portanto, onze anos entre a aprovação e a primeira aplicação da norma por parte uma instância superior, facto este

²⁵³ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Relator José Correia, Processo n.º 04255/10.

facilmente compreendido atento o peso excessivo do ónus de prova que incide sobre a autoridade tributária.

Neste sentido, urge concluir que a formulação ora dada às normas setoriais anti-abuso relativas à distribuição dos dividendos (artigos 51.º e 14.º do Código do IRC) pretende “aliviar” a autoridade tributária portuguesa do ónus de prova dos aspetos supramencionados, passando este a focar-se apenas na demonstração de que:

- a) a finalidade de obter uma vantagem fiscal foi a preponderante finalidade da transação (por contraposição ao carácter essencial ou principal exigido no artigo 38.º, número 2 da LGT)
- b) o reconhecimento da vantagem fiscal frustraria o objeto e finalidade de eliminar a dupla tributação sobre os lucros e reservas distribuídos (elemento este inovador em relação à norma geral portuguesa);
- c) a construção adotada não seja realizada por razões económicas válidas.

Quanto a este último, analisou-se neste estudo que a demonstração do elemento subjetivo (através de aspetos objetivos, não arbitrários) implica uma presunção (elidível) da falta de genuinidade da construção adotada pelo contribuinte, invertendo-se, assim, o ónus de prova em relação a este elemento. Desta forma, a demonstração da genuinidade da transação torna-se mais complexa do lado do contribuinte.

A norma geral portuguesa consagra os seguintes quatro pressupostos de aplicação²⁵⁴:

- a) o elemento meio – relacionado com a forma utilizada (i.e., ato ou negócio jurídico) pelo contribuinte;
- b) o elemento resultado – que visa a vantagem fiscal como fim da atividade do contribuinte (i.e., a eliminação, redução ou diferimento temporal do imposto);

²⁵⁴ Para uma análise pormenorizada dos elementos da cláusula geral anti-abuso portuguesa, consulte-se Gustavo Lopes Courinha – *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2009, reimpressão da edição de 2004, pp. 163 e ss.

- c) o elemento intelectual (ou subjetivo) – que exprime a motivação fiscal do contribuinte, ou seja, o facto dos atos ou negócios praticados pelo contribuinte serem essencial ou principalmente dirigidos ao resultado que é a vantagem fiscal;
- d) o elemento normativo – relacionado com a reprovação normativo-sistemática da vantagem pretendida.

Acrescenta-se, ainda, o elemento sancionatório – que representa a ineficácia, no âmbito tributário, dos atos ou negócios jurídicos em causa, dependendo a sua aplicação da verificação cumulativa dos pressupostos consagrados na previsão.

Os elementos supramencionados correspondem ao princípio de abuso desenvolvido pelo TJUE na sua jurisprudência na seguinte medida²⁵⁵:

- a) existência de uma vantagem fiscal (correspondendo ao elemento resultado);
- b) a vantagem consiste no principal ou um dos principais objetivos do ato (correspondendo ao elemento subjetivo);
- c) a vantagem foi obtida através da observância formal das condições previstas na norma, mas sem nexos com a sua substância (correspondendo ao elemento meio); e
- d) a vantagem deve ser contrária à finalidade dessa norma (correspondendo ao elemento normativo).

Conclui-se que os elementos constitutivos das duas normas anti-abuso de carácter geral (portuguesa e europeia) são semelhantes no seu conteúdo, pelo que, à primeira vista, a transposição da *nova* norma do direito da UE teria sido desnecessária devido ao papel desempenhado pela figura da interpretação conforme no direito interno e europeu. Todavia, atento os objetivos inerentes à norma europeia, de proteção da receita fiscal dos Estados e de contribuição para a sua efetiva e célere aplicação, impõe-se concluir que o artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas contribui, agora diretamente, para a “liberação” da oneração excessiva que incide sobre a autoridade tributária portuguesa, aquando da aplicação da norma prevista no artigo 38.º, número 2 da LGT.

²⁵⁵ Ana Paula Dourado – *idem nota de rodapé n.º 13*, p. 272.

Por essas razões, a Autora considera a transposição da norma no ordenamento jurídico português como tendo sido oportuna.

5. Interação Com as Normas Internas

Da Lei n.º 5/2016 resulta claramente que o Código do IRC não estendeu a cláusula geral anti-abuso a distribuições de lucros que não façam parte do escopo da Diretiva, no sentido supramencionado. Esta escolha do legislador português é justificada, ao ver da Autora, visto que a Diretiva não afeta a aplicação de normas internas ou de acordos fiscais destinadas a eliminar a evasão, a fraude ou o abuso fiscal, segundo o previsto no artigo 1.º, número 4 da Diretiva. Neste caso e no entender da Autora, essas normas apenas poderão ser aplicadas para evitar ou combater situações de abuso da Diretiva mães-afiliadas na medida em que:

- i) a Diretiva assim o permitir expressamente;
- ii) as normas internas tiverem interesse para a determinação do sentido de um conceito da Diretiva com recurso ao direito interno e;
- iii) as normas internas utilizarem o mesmo conceito de abuso que a cláusula anti-abuso expressa na Diretiva ou, na falta dela, o princípio de proibição de abuso do direito da UE.

Existe, todavia, uma diferença consoante essa norma interna seja invocada para prevenir estratégias de abuso da Diretiva ou situações de erosão da base fiscal nacional. As situações em que o contribuinte invoca a liberdade de estabelecimento, subjacente à Diretiva mães-afiliadas para se “defender” da aplicação de uma norma específica anti-abuso interna, não poderão ser combatidas através da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE.

Repare-se que o âmbito de aplicação da cláusula geral anti-abuso nos ordenamentos jurídicos nacionais poderá ter um alcance diferente, consoante as medidas específicas anti-abuso de que disponham para lutarem contra as práticas abusivas verificadas na distribuição de dividendos entre empresas mãe e afiliadas residentes em Estados-membros diferentes. Neste sentido e a título de exemplo,

um Estado-membro que não disponha de normas LOB poderá fazer uso da sua cláusula setorial anti-abuso de transposição do artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas para limitar os benefícios decorrentes da legislação interna.

Todavia, a aplicação da cláusula setorial a acordos fiscais seria um exercício interessante, visto que alguns Estados (p.e., Estados Unidos da América) preferem, assumidamente, a aplicação de normas LOB e distanciam-se do teste PPT presente na cláusula geral anti-abuso e na Ação 6 do BEPS. Todavia, nem todos os Estados contratantes da OCDE que sejam simultaneamente Estado-membros da UE dispõem de cláusulas LOB nos seus acordos de dupla tributação com Estados terceiros.

Em conclusão, o escopo da cláusula geral anti-abuso é muito bem definido, não obstante a sua letra ser uma fonte de incertezas, sujeitas a uma análise cuidadosa à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A interpretação literal da norma poderá dar azo a incerteza jurídica, razão pela qual as administrações fiscais de cada Estado têm o dever de divulgarem guias interpretativas no que respeita a cada um dos conceitos utilizados.

Visto que a cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas deveria ter aplicação a partir do dia 31 de dezembro de 2015, e que a norma apenas foi transposta e publicada no ordenamento jurídico português no dia 29 de fevereiro de 2016, com vigência a partir do dia 5 de março de 2016²⁵⁶, o ordenamento jurídico português encontrou-se em incumprimento durante um período de dois meses.

²⁵⁶ Uma vez que a Lei n.º 5/2016 não fixou o dia da entrada em vigor do ato legislativo e sabendo que o início da vigência não pode, em caso algum, verificar-se no próprio dia da publicação, esta entra em vigor, em todo o território nacional e no estrangeiro, no quinto dia após a publicação. Este período supletivo de *vacatio legis* conta-se a partir do dia imediato ao da sua disponibilização no sítio da Internet gerido pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S.A., conforme o previsto no artigo 2.º da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 43/2014, de 11 de julho, relativa a publicação, identificação e formulário dos diplomas.

6. O Previsível Impacto da *Nova* Cláusula Anti-abuso do Direito da UE no Regime Jurídico Português

De modo a proporcionar uma ideia completa e correta do impacto que a *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE poderá ter no direito interno português, a Autora optou por utilizar como exemplo o regime português das fusões, cisões para evidenciar a diferença entre um regime diferencial e um regime unificado de tratamento das operações internas e transfronteiriças.

Na sua versão dada pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro, o Código do IRC previa regimes diferentes de fusões e cisões consoante as sociedades em causa fossem residentes nacionais ou sociedades de diferentes Estados-membros das então Comunidades Europeias, prevendo que “(...) à fusão e cisão de sociedades com sede ou direcção efectiva em território português é aplicável o regime estabelecido neste artigo desde que se verifiquem as seguintes condições: (...)”. Por outras palavras, Portugal dispunha de regimes diferenciados consoante a operação de fusão ou cisão em causa fosse de cariz interno ou transfronteiriço.

Aquando da revisão da redação do Código do IRC em vigor desde 1988, o legislador português estabeleceu nos artigos 67.º e 68.º do Decreto-Lei n.º 198/2001 de 3 de julho²⁵⁷ um regime unificado de fusões e cisões para as sociedades residentes ou sociedades de diferentes Estados membros da Comunidade. Esta formulação foi mantida nas posteriores alterações ou revisões ao Código, sendo que hoje Portugal possui um regime unificado, sem distinção entre operações nacionais e transfronteiriças, de forma a evitar a discriminação. Desta forma, o artigo 73.º (coma a epígrafe “Definições e âmbito de aplicação”), número 6 do Código do IRC especifica “Para efeitos da aplicação dos artigos 74.º e 76.º, na parte respeitante às fusões e cisões de sociedades de diferentes Estados membros da União Europeia, o termo «sociedade» tem o significado que resulta do anexo à Directiva n.º 90/434/CEE, de 23 de Julho.”.

²⁵⁷ Com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 221/2001, de 7 de agosto, que altera o artigo 43.º do Código do IRC e revê o regime especial das fusões, cisões, entradas de activos e permutas de partes sociais previsto nos artigos 67.º a 72.º do mesmo Código, designadamente as previstas no artigo 67.º, n.º 6, segundo qual “Para efeitos da aplicação dos artigos 68.º e 70.º, na parte respeitante às fusões e cisões de sociedades de diferentes Estados membros da União Europeia, o termo «sociedade» tem o significado que resulta do anexo à Directiva n.º 90/434/CEE, de 23 de Julho.”.

No mesmo sentido parece caminhar o TJUE que parece responder afirmativamente à questão de saber se determinadas disposições da Diretiva fusões, cisões devem ter aplicação às situações puramente internas, quando afirmou, no acórdão *Leur-Bloem*, “Com efeito, quando a legislação nacional se adequa, para as soluções que dá a situações puramente internas, às soluções escolhidas em direito comunitário, a fim, nomeadamente, de evitar o aparecimento de discriminações contra cidadãos nacionais ou, como no caso em apreço no processo principal, de eventuais distorções de concorrência, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou as noções que se foram buscar ao direito comunitário sejam interpretadas de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar”²⁵⁸.

Da mesma forma, a Autora considera que a transposição da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas para o sistema português apenas cumpriria com o princípio da não discriminação nos termos supramencionados, na medida em que fosse feita uma remissão para a densificação dos termos constantes, sobretudo, do número 3 do artigo 1.º, implicando tratamento não discriminatório e indiferenciado das operações de transação internas e transfronteiriças. Como consequência, as situações internas de abuso seriam, desta forma, reguladas pelas soluções encontradas no direito da UE, o que iria fazer com que se considerassem preenchidos os requisitos de competência do Tribunal de Justiça para a interpretação dos conceitos nacionais transpostos do direito da União.

A título de exemplo, o conceito “razões económicas válidas”, uma vez transposto para o direito nacional, será interpretado pelo Tribunal de Justiça, sob pena de aceitação de variações na interpretação do conceito e de violação da uniformização da interpretação no espaço europeu.

Não obstante, por tudo o que acima foi exposto, espera-se que a *nova* cláusula setorial anti-abuso do direito da UE tenha um impacto moderado nas estruturas

²⁵⁸ *Leur-Bloem*, Processo C-28/95, parágrafo n.º 32.

portuguesas. Comparativamente, ao ver da Autora, a norma geral terá maior impacto nas situações em que o Estado-membro em causa não possua, de todo, uma cláusula geral anti-abuso²⁵⁹ ou em que a legislação nacional não requeira um teste de substância económica do ato ou da transação e nem imponha um teste de racionalidade económica da transação para que a norma anti-abuso não tenha aplicação efetiva²⁶⁰.

Da mesma forma, os Estados que adotaram o princípio da substância sobre a forma, mas cujo escopo não tenha sido determinado por diretrizes ou pela jurisprudência interna ou do TJUE, sentirão o impacto da norma geral nas decisões de isenção de retenção na fonte internas. Todavia, a maior parte dos Estados-membros da UE sofrerão um baixo ou nulo impacto da recente cláusula anti-abuso.

Não obstante a letra do artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas e a da Ação 6 do BEPS não coincidir por completo, o seu objetivo abrange o mesmo tipo de situações. À luz das duas normas, o contribuinte não poderá beneficiar das vantagens da Diretiva ou do acordo fiscal de eliminação da dupla tributação se a sua obtenção foi um dos principais objetivos da transação. Desta forma, os contribuintes serão avisados para reverem as suas transações de forma a garantir que não ficarão sujeitos às novas regras.

Da mesma forma que Gustavo Courinha, a Autora concorda que é altura de Portugal se reservar e racionalizar os seus recursos na adoção de medidas de combate ao abuso fiscal no espaço europeu, que o possam colocar numa posição financeiramente desfavorável, em comparação com os restantes Estados-membros da UE que não manifestam a sua vontade em adotar medidas equivalentes²⁶¹.

Visto que a norma geral vigora em Portugal a partir do dia 5 de março de 2016, ela apenas poderá ser aplicada a situações previamente existentes ou por

²⁵⁹ Como é o caso da Dinamarca.

²⁶⁰ Veja-se o caso búlgaro ou polaco.

²⁶¹ Gustavo Lopes Courinha – *BEPS e o sistema fiscal português. Uma primeira incursão*, Cadernos de Justiça Tributária, N.º 4, abril/junho, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2014, p. 10.

constituir, devido ao princípio da legalidade. Por outras palavras, a partir dessa data o contribuinte não poderá reclamar benefícios da Diretiva nas situações de abuso declarado, se a transação sobre a qual são reclamados os benefícios da Diretiva for adotada a 31 de dezembro ou após essa data. A norma anti-abuso apenas poderá ter aplicação a transações anteriores ao dia 5 de março na eventualidade de, pelo menos, uma parte da transação ser concluída no dia 5 de março ou após esse dia.

De seguida serão analisados os efeitos que a *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE tem no ordenamento jurídico interno de cada um dos Estados-membro, bem como no direito europeu.

CAPÍTULO OITAVO

OS EFEITOS DA NOVA CLÁUSULA GERAL ANTI-ABUSO NO DIREITO DA UE

1. A Nova Cláusula Geral Anti-abuso da UE Enquanto Mecanismo de Luta Contra o “Directive Shopping”

Na sequência do trabalho desenvolvido pela OCDE e pelo G20, a UE acompanha os esforços no sentido de uma ação coordenada contra o fenómeno da dupla não tributação, de forma a melhorar o funcionamento do mercado interno. Espera-se que a implementação da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE possibilite ações internas coordenadas, respeitando as liberdades fundamentais do TFUE.

Na sua proposta de 25 de novembro de 2013, a Comissão considerou que a forma mais eficaz de lutar contra os fenómenos atuais de abuso seria desenhar, na Diretiva mães-afiliadas, uma norma de carácter geral com base na Recomendação sobre a fraude e evasão fiscal, ideal esse *quase* cumprido.

A preocupação que se levantou em vários Estados prende-se com o comportamento dos contribuintes residentes fora da UE que pretendem beneficiar dos tratados e das diretivas europeias disponíveis para as relações estabelecidas dentro da União, de forma a repatriarem os lucros sob forma de dividendos provenientes de um Estado-membro da UE, sem estarem sujeitos à retenção na fonte. Este comportamento é qualificável como “directive shopping”, cujo resultado é atingido muitas vezes através do estabelecimento de empresas “holding” ou de intermediárias num Estado-membro que não retém na fonte imposto sobre transações *outbound* para sujeitos residentes em Estados não membros da UE.

A partir do acórdão Kofoed, percebe-se que a luta contra o “directive shopping” não poderá ser feita através da invocação direta pelos Estados da *nova* cláusula anti-abuso do direito da UE, mas através da sua incorporação na legislação

nacional ou por meio de uma cláusula geral anti-abuso nacional que previna o risco de abuso dos benefícios da Diretiva. Nos casos de “directive shopping”, os contribuintes visam, de facto, contornar a legislação nacional sobre a tributação dos não residentes, fazendo uso da isenção do imposto a nível do Estado da fonte reconhecida em certos diplomas (como, por exemplo, na Diretiva mães-afiliadas) e transposta no direito interno. A solução passa pela exclusão da isenção de imposto sobre os dividendos a nível do Estado da fonte, em situações consideradas abusivas.

Por isso, e em consonância com a Comissão, a Autora entende que a luta contra estas práticas não deve ser feita apenas através de normas específicas anti-abuso, mas também através de normas de cariz geral²⁶². Se a norma anti-abuso nacional excluir dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas as transações feitas por uma empresa intermediária por abuso na sua criação, a norma geral anti-abuso, que é dirigida também ao “directive shopping” em caso de pagamento de dividendos, criará uma restrição na liberdade de estabelecimento.

Naturalmente, os Estados-membros estarão interessados em limitar os efeitos negativos do “directive shopping”, aplicando normas anti-abuso internas e negando os benefícios da Diretiva relativamente a certas estruturas abusivas. Ao agirem desta forma, os Estados devem tomar em consideração as possíveis implicações do direito da União que poderá, em certos casos, limitar a margem dos Estados para adoção de medidas de salvaguarda contraoperações ou estruturas que minimizem a tributação dos pagamentos de dividendos por parte do Estado da fonte. Por esta razão, continua ambígua a medida em que os Estados podem lutar contra o “directive shopping”²⁶³.

1.1. A Experiência Internacional

O plano BEPS visa evitar a concessão dos benefícios dos tratados em circunstâncias inadequadas, dedicando a Ação 6 àquilo que a OCDE considera

²⁶² No mesmo sentido, Martin Poulsen – *Treaty/directive shopping and abuse of EU law*, Intertax, Volume 41, Issue 4, Kluwer Law International, 2013, p. 233.

²⁶³ *idem*, p. 231.

ser uma das mais importantes fontes para a erosão da base tributária. No seu Relatório de 16 de setembro de 2014²⁶⁴, a OCDE esclareceu que o trabalho inclui a introdução de normas anti-abuso nos tratados ou a aplicação de normas internas de luta contra o abuso dos tratados e clarificou que os tratados não devem ser utilizados de forma a gerarem situações de dupla não tributação²⁶⁵.

Para além desta medida e a título de curiosidade, a Ação 7 visa prevenir o abuso no que respeita o estatuto de estabelecimento estável em relação à erosão da base tributável, através de alterações à definição do termo. A OCDE considera que o artigo 5.º, número 5 da CM-OCDE é inadequado ao propósito do BEPS, propondo quatro alternativas às atuais condições sob as quais se impõe a existência de um estabelecimento estável num Estado contratante onde o representante de uma empresa situada num outro Estado contratante aja, habitualmente, em nome e por conta desta empresa²⁶⁶.

1.2. A Experiência Europeia

Da mesma forma que o Relatório supramencionado distingue entre dois tipos de situações, o abuso das diretivas pode ser configurado como i). casos em que o contribuinte contorna as limitações da diretiva em si, ou ii). casos em que o contribuinte desobedece a normas internas, invocando os benefícios da diretiva²⁶⁷.

No que respeita ao primeiro bloco de situações (Tipo I), trata-se de hipóteses de manipulação dos requisitos de residência ou do período de detenção. Em

²⁶⁴ OECD (2014), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, pp. 20 e 98.

²⁶⁵ Considerando que a Ação 6 terá o maior impacto nas atividades transfronteiriças, Pascal Janssens, David Ledure, Bertrand Vandepitte, Jelle Loos – *The end of intra-group financing... or not just yet? – Part 1*, European Taxation, Volume 55, Issue 8, IBFD, 2015, pp. 286-291.

²⁶⁶ Para maior desenvolvimento, Arthur Pleijsier – *The agency permanent establishment in BEPS Action 7: Treaty abuse or business abuse?* Intertax, Volume 43, Issue 2, Kluwer Law International, 2015, p. 148.

²⁶⁷ OECD (2014), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 10.

suma, o contribuinte está sujeito a uma regra nacional da qual nasce uma responsabilidade fiscal, invocando os benefícios da(s) norma(s) da diretiva para evitar que essa responsabilidade fiscal se forme²⁶⁸. O segundo bloco de situações (Tipo II) diz respeito aos casos de *quasi* abuso de diretivas²⁶⁹ em que o contribuinte utiliza esquemas fiscais abusivos para transferir o rendimento tributável para “tax friendly environments”²⁷⁰.

Quanto ao primeiro tipo de casos, o abuso ocorre no momento em que o objeto e o fim da norma da diretiva seriam frustrados se os benefícios dessa mesma cláusula fossem concedidos atentas as circunstâncias (de motivação do comportamento do sujeito). No segundo tipo de casos, *ex ante*, o abuso ocorre no momento em que o comportamento do contribuinte é motivado pela manipulação da norma interna no sentido de evitar uma norma de incidência ou beneficiar de uma norma de isenção de tributação. Nestes casos, o preceito da diretiva é invocado apenas *ex post* para afastar a invocação de uma norma anti-abuso.

Na falta de uma norma geral anti-abuso na própria diretiva, a invocação de uma norma (geral ou específica) anti-abuso nacional criará um efeito giratório na medida em que o particular poderá invocar os benefícios da diretiva para neutralizar o efeito dessa cláusula.

Não obstante o objeto do abuso ser diferente no que respeita às normas do tratado ou as normas nacionais, os dois comportamentos foram considerados abusivos tanto pela UE como pela OCDE. É claro que, por um lado, as diretivas europeias não contêm nenhuma censura expressa ou assumida contra os comportamentos de contribuintes que pretendem tirar vantagem dos benefícios de uma diretiva ou de um tratado, todavia, parece haver consenso

²⁶⁸ Luc De Broe, Joris Luts – *idem nota de rodapé n.º 186*, p. 125.

²⁶⁹ Na medida em que, em bom rigor, estas estratégias apenas implicam o abuso do direito nacional.

²⁷⁰ Não se faz referência aos paraísos fiscais, e nem às situações que se encontram ao abrigo das normas CFC, de limitação à dedutibilidade dos gastos com o financiamento ou das chamadas “exit tax rules”, mas sim p.e., para as chamadas “caixas de correio”.

geral no sentido de não ser obrigatória ou aconselhável a extensão dos benefícios das diretivas ou dos tratados a transações abusivas²⁷¹.

1.3. Solução Proposta

A Autora considera que a solução encontrada pela OCDE a propósito da luta contra o abuso de tratados internacionais é aplicável, *mot-à-mot*, aos casos de abuso de diretivas europeias. Uma vez que as “normas e requisitos abusados” são específicas às diretivas, é improvável que os casos de “directive shopping” sejam satisfatoriamente resolvidos apenas através de normas anti-abuso específicas de ordenamentos jurídicos nacionais²⁷². Sem embargo de uma cláusula geral anti-abuso interna poder prevenir a concessão dos benefícios nestas situações, uma abordagem mais direta implica a previsão de [normas específicas anti-abuso e de] uma norma geral anti-abuso na própria diretiva.

Enquanto medida concreta de combate ao “directive shopping”, o conceito de abuso veiculado pelo artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas é apurado atendendo ao carácter genuíno do estabelecimento em causa. Para o efeito, será avaliada a existência de equipamento, pessoas e local, juntamente com a atividade económica da transação ou da empresa em questão.

Reconhece-se, todavia, que a eficácia da invocação da *nova* cláusula europeia para limitar ou eliminar o “directive-shopping” é limitada, uma vez que a prática internacional aponta para a utilização de empresas “holding” para o desenvolvimento da atividade diária, sem apelo a formas abusivas.

Da mesma forma, consciencializa-se que o segundo tipo de casos supramencionado (Tipo II), por envolver abuso de direito interno, não pode ser combatido exclusivamente através de normas previstas nas diretivas ou nos tratados, exigindo a intervenção do legislador interno, sem se negar a

²⁷¹ Veja-se, a título de exemplo, o comentário n.º 9.4 ao artigo 1.º da CM-OCDE.

²⁷² OECD (2014), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 11.

necessidade de interação entre essas medidas internas e as medidas europeias e internacionais.

O Relatório da OCDE sobre a prevenção de concessão de benefícios de tratados em circunstâncias inapropriadas propôs a introdução de uma cláusula de salvaguarda no artigo 1.º da CM-OCDE que possa preservar a aplicação das normas anti-abuso nacionais a situações resultantes de acordos fiscais, pelo menos no Estado de residência do contribuinte²⁷³. O fenómeno de “directive shopping” representa uma manipulação do requisito de residência previsto no artigo 4.º da CM-OCDE, e não é satisfatoriamente resolvido através do termo “beneficiário efetivo”, cujo escopo é significativamente reduzido. De acordo com a OCDE, este termo apenas deverá ser utilizado para combater o “directive shopping” que envolve a interposição de um recetor que é obrigado a transmitir os dividendos a uma outra pessoa (singular ou coletiva)²⁷⁴. Note-se que a manipulação do requisito de residência apenas é um problema a nível da OCDE, uma vez que o Tribunal de Justiça considerou permitida a “tax jurisdiction shopping”. Ou seja, o contribuinte pode mudar a sua residência fiscal ou a fonte do rendimento para outro Estado-membro da UE de forma a beneficiar de um regime fiscal mais favorável. A única restrição nasce da aplicação das normas anti-abuso dirigidas a combater os expedientes totalmente artificiais.

A OCDE pretende lutar contra o fenómeno de “treaty shopping” através de adoção do chamado teste do objetivo principal (ou “principal purpose test”), analisado no Ponto seguinte, cuja aprovação implicaria uma alteração ao preâmbulo da CM-OCDE²⁷⁵.

²⁷³ OECD (2014), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 14.

²⁷⁴ OECD (2014), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 11.

²⁷⁵ O PPT representará, à semelhança da cláusula geral anti-abuso ora aprovada na Diretiva mães-afiliadas, uma TAAR (targeted anti-abuse rule). Veja-se OECD (2014), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 18 e 19.

2. Inspiração da Cláusula Geral Anti-abuso Numa Iniciativa Internacional?

No parágrafo n.º 7 da Ação 6 do BEPS, a OCDE propôs introduzir um teste sob o nome “PPT”, cuja aplicação permita recusar os benefícios dos tratados *se for razoável concluir que a obtenção da vantagem foi um dos principais objetivos da transação*, a não ser que o reconhecimento desse benefício em certas circunstâncias esteja de acordo com o fim e objeto das principais normas da CM-OCDE. Esta definição é similar à orientação fornecida pelo Comentário ao artigo 1º, parágrafos n.º 9.5, 22, 22.1 e 22.2 da CM-OCDE.

A formulação do PPT aproxima-o do texto “comum” de uma cláusula geral anti-abuso, apoiada pelo direito da UE uma vez que permite uma resposta proporcional ao abuso, através de uma análise caso-a-caso e não opera como presunção inilidível²⁷⁶. Todavia, o PPT visa lutar contra práticas de planeamento fiscal agressivo que estão fora do escopo de aplicação de uma norma específica anti-abuso. A título de exemplo, uma norma LOB (enquanto norma específica anti-abuso) deve ser vista como lei especial em relação ao PPT (enquanto norma geral anti-abuso). Ou seja, em princípio, o PPT não poderá ser aplicado a uma situação que tenha “passado o teste” de uma norma LOB (assumindo que as duas medidas abrangem o mesmo tipo de abuso).

Na página 14 do seu relatório “Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 – 2015 Final Report”²⁷⁷, a OCDE aconselhou a adoção de regras LOB nos acordos de dupla tributação, semelhantes à adotada pelos Estados Unidos da América no artigo 22.º da sua “US Model Income Tax Convention”²⁷⁸ com o texto “(...) a resident of a Contracting State shall not be entitled to the benefits of this Convention otherwise accorded to

²⁷⁶ Para uma análise comparativa do teste PPT com outras normas anti-abuso de ordenamentos jurídicos europeus, veja-se Carlos Palao Taboada – *OECD base erosion and profit shifting Action 6: The general anti-abuse rule*, Bulletin for International Taxation, Volume 69, Issue 10, IBFD, 2015, pp. 603 e ss.

²⁷⁷ Disponível em http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en#page16

²⁷⁸ United States Model Income Tax Convention – Convention between the Government of the United States of America and the Government of ___ for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion within respect to taxes on income, disponível em <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>

residents of a Contracting State unless such resident is a “qualified person” as defined in paragraph 2 of this Article at the time when the benefit would be accorded.”.

A OCDE mencionou que o teste PPT visa responder a situações de “treaty shopping”, que não estejam cobertas por uma LOB. Na verdade, é difícil avaliar se a aplicação do PPT se dirige ao mesmo género de situações que a LOB²⁷⁹. No que respeita ao espaço europeu, a doutrina questiona se as normas LOB são, de todo, consideradas conformes o direito da UE, sendo que as opiniões divergem²⁸⁰. A este respeito e a título de exemplo, em 19 de novembro de 2015 a Comissão pronunciou-se sobre a incompatibilidade parcial da norma LOB presente no acordo de dupla tributação entre os Países Baixos e o Japão, com o direito da UE²⁸¹.

A desvantagem do teste PPT em relação à *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE é o facto de o teste poder necessitar de adaptação, tomando em consideração as restrições que decorrem, por um lado, do direito da UE (relativamente aos Estados contratantes da OCDE que sejam, ao mesmo tempo, Estados-membros da UE) e, por outro lado do próprio direito constitucional de cada Estado contratante da OCDE. De notar que o teste supramencionado não é um princípio anti-abuso interpretativo, mas sim uma norma anti-abusiva em si.

O texto da regra PPT prevê que os benefícios da CM-OCDE não devam ser concedidos relativamente a um elemento do rendimento se for razoável concluir, tendo em consideração todos os factos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos da transação que levou, direta ou indiretamente, a essa vantagem. Como exceção prevê-se a concordância do objeto ou fim da CM-OCDE com a concessão do benefício. Para o efeito, o termo

²⁷⁹ Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen, Pieter Van Braban – *LOB clauses and EU-law compatibility: A debate revived by BEPS?* EC Tax Review, Volume 24, Issue 3, Kluwer Law International, 2015, p. 133.

²⁸⁰ Considerando que as regras LOB são conforme o direito da UE, Eric C.C.M. Kemmeren – *idem nota de rodapé n.º 71*, p. 191.

²⁸¹ Consulte [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-6006_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6006_en.htm)

“benefício” significa qualquer limitação nos direitos de tributação a que os Estados sejam sujeitos.

Identifica-se no texto supra um teste subjetivo, referente a um dos principais objetivos do ato ou negócio. No mesmo sentido do comentário número 12 ao artigo 1.º da CM-OCDE, o teste implica que a obtenção do benefício à luz de CM-OCDE não pode ser o preponderante ou o único objetivo da transação.

Da breve descrição do teste PPT enquanto cláusula geral anti-abuso resulta claramente a sua semelhança em relação ao artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas.

As questões comuns que se colocam, tanto em relação a este aspeto do teste PPT (da OCDE) como em relação à supracitada norma geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas (da UE) são as de saber se basta que, pelo menos, um dos principais objetivos tenha sido o de obter a vantagem (que pode consistir na isenção, redução, diferimento ou devolução). Por outras palavras, a transação que teve vários objetivos principais (fiscais ou não fiscais) que não estejam relacionados com a obtenção de alguma vantagem prevista na CM-OCDE ou na Diretiva mães-afiliadas, pode confrontar a aplicação do teste PPT ou da norma geral anti-abuso se um benefício fiscal da CM-OCDE ou da Diretiva mães-afiliadas foi *também* um dos motivos ou alvos preponderantes²⁸²? Veja-se a nossa posição no Ponto 6.2 do Capítulo Quarto.

A título de exemplo, veja-se que o ordenamento jurídico português logrou em antecipar medidas propostas pelo Plano de Ação BEPS, muito para além do que lhe era exigido²⁸³, nomeadamente do que respeita à adoção de cláusulas que permitam ultrapassar os problemas de densificação e insegurança associados a conceitos indeterminados.

²⁸² Discordando da formulação semelhante da regra PPT no plano BEPS, Luc De Broe, Joris Luts – *idem* nota de rodapé n.º 186, p. 132.

²⁸³ Para maiores desenvolvimentos, Gustavo Lopes Courinha – *idem* nota de rodapé n.º 261, p. 10.

2.1. Fragilidades da Cláusula Geral Anti-abuso Proposta Pela OCDE

Na opinião da Autora podem ser apontadas duas fragilidades à formulação do teste PPT. A primeira prende-se a com o facto de a recusa dos benefícios dos tratados ser reconhecida apenas “se for razoável concluir [que a obtenção da vantagem foi um dos principais objetivos da transação]”. Esta formulação pode gerar demasiada incerteza para os contribuintes e, se confrontada com o direito da UE (relativamente aos Estados contratantes da OCDE que são, simultaneamente, Estados-membros da UE), poderá, até, ser incompatível com a jurisprudência do TJUE.

Como é de comum conhecimento, o Tribunal de Justiça deixou claro que as normas relativas a situações transfronteiriças devem ser suficientemente claras, precisas e previsíveis. A título de exemplo, o TJUE considerou no acórdão *Itelcar* que o termo “relações especiais” presente no imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas português (relativo à limitação da dedução dos juros) violava o princípio da segurança jurídica²⁸⁴. Por impossibilidade de determinar o seu escopo com suficiente precisão, o Tribunal de Justiça catalogou a norma como violadora da segurança jurídica, especialmente por ser um preceito com possíveis efeitos desfavoráveis para o contribuinte. Por isso, a norma foi considerada desproporcional ao seu objetivo²⁸⁵.

A segunda fragilidade do teste PPT prende-se com o facto de a não concessão dos benefícios dos tratados depender da demonstração de “um dos principais objetivos”²⁸⁶. Basta que, pelo menos, um dos fins da transação tenha sido o de realizar a vantagem fiscal. A terminologia é semelhante à utilizada na cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas e no artigo 15.º da Diretiva fusões,

²⁸⁴ O Código do IRC português, na versão resultante do Decreto-Lei n.º 198/2001, de 3 de julho de 2001, conforme alterado pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro de 2005 previa, no seu artigo 61.º, com a epígrafe “Subcapitalização”: “1. Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade que não seja residente em território português ou em outro Estado membro da União Europeia com a qual existam relações especiais, nos termos definidos no n.º 4 do artigo 58.º, com as devidas adaptações, for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável.” O artigo 58.º, n.º 4 do Código do IRC explicava os termos que se consideram existir relações especiais entre duas entidades.

²⁸⁵ *Itelcar*, Processo C-282/12, parágrafo n.º 44.

²⁸⁶ Note-se que esta expressão está presente, também, no texto do artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva mães-afiliadas, pelo que as observações feitas a propósito do teste PPT são aplicadas, de igual forma, nessa sede.

cisões cuja letra menciona “Os Estados-membros podem recusar aplicar ou retirar o benefício de todas ou parte das disposições dos artigos 4º a 14º se for evidente que uma das operações referidas no artigo 1º: a). Tem como principal objetivo, ou como um dos principais objetivos, a fraude ou evasão fiscais; (...)”. Da mesma forma, a Diretiva 2015/121 introduziu a *nova* cláusula anti-abuso do direito da UE com os termos “com o principal ou um dos principais objetivos (...)”.

Por esta razão e no que respeita a este aspeto, o teste PPT merece as mesmas observações sublinhadas a propósito da *nova* norma geral do direito da UE, relativamente à sua aplicação aos Estados contratantes da OCDE que sejam, ao mesmo tempo, Estados-membros da UE. A este respeito, o Tribunal de Justiça defendeu no acórdão *Part Service* que uma das condições para a aplicação do princípio geral da proibição de abuso é que o principal objetivo da transação em causa seja o de obter um benefício fiscal²⁸⁷. Por outras palavras, o principal objetivo da transação deve ser entendido como “objetivo essencial” ou “primordial” de obter a vantagem fiscal. Ou seja, o pressuposto para recusar os benefícios dos tratados deverá implicar que o fim predominante da transação seja a realização da vantagem fiscal²⁸⁸.

Na opinião da Autora, não é de aceitar a negação ao contribuinte dos benefícios das diretivas ou dos acordos fiscais “simplesmente” porque um dos seus principais objetivos foi a obtenção desses benefícios. Naturalmente, qualquer agente minimamente diligente terá em consideração os efeitos da tributação sobre a sua decisão de negócio ou de transação.

A OCDE parece distanciar-se desta conclusão, pelo que a conformidade do PPT com o direito da UE dependerá da sua “adaptação” à jurisprudência supramencionada, visto que as normas presentes nos acordos fiscais devem ser interpretadas conforme esse ordenamento jurídico, segundo a jurisprudência *Saint Gobain*.

²⁸⁷ *Part Service*, Processo C-425/06, parágrafo n.º 42.

²⁸⁸ No mesmo sentido, Eric C.C.M. Kemmeren – *idem nota de rodapé n.º 71*, p. 192.

3. A Negação dos Benefícios da Diretiva Mães-afiliadas Através da Aplicação de Normas Anti-abuso Domésticas

Como é de conhecimento geral, as medidas europeias de luta práticas abusivas, por serem normas que prejudicam os contribuintes, não têm efeito direto, dependendo de um ato de transposição por parte dos Estados-membros. É este o caso da *nova* cláusula geral anti-abuso ora em análise.

Antes de aprovação da norma geral anti-abuso, a Diretiva mães-afiliadas permitia a aplicação de cláusulas nacionais de luta contra o abuso. Esse preceito continua a vigorar no atual texto da Diretiva, cujo artigo 1.º, número 4 estipula que não são prejudicadas as normas internas ou convencionais de luta contra o abuso e a evasão fiscal. Contudo, esta norma não contribui para o poder dos Estados em recusar, com base em cláusulas anti-abuso nacionais, os benefícios da Diretiva. Por outras palavras, um Estado-membro podia aplicar a sua norma anti-abuso doméstica, determinando a tributação da situação, sendo que em nada seriam prejudicados os benefícios conferidos pela Diretiva.

Até 25 de janeiro de 2015, a Diretiva mães-afiliadas não possuía uma norma geral de luta contra o abuso semelhante ao atual artigo 15.º, número 1, alínea a) da Diretiva fusões, cisões. De notar que, apesar de tudo, o preceito supramencionado da Diretiva fusões, cisões não tem efeito direto, pelo que apenas tem aplicação na medida em que os Estados tenham uma norma anti-abuso nacional que possa ser interpretada de acordo com a cláusula europeia de luta contra o abuso, de forma a preservar o princípio da segurança jurídica²⁸⁹.

Na opinião da Autora, mesmo que a norma anti-abuso seja de carácter facultativo para os Estados-membros, não significa que estes não possam, em teoria, aplicar essa cláusula anti-abuso através de um ato de transposição ou de *interpretação conforme*, para negação dos benefícios da Diretiva.

Com a aprovação da *nova* cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, de carácter obrigatório, os Estados-membros poderão recusar a aplicação da Diretiva

²⁸⁹ *Kofoed*, Processo C-321/05, parágrafos n.ºs 40-42.

com base em normas internas. De sublinhar que, em teoria, isso apenas será possível com a transposição da *nova* cláusula anti-abuso do direito da UE ou através de um ato de *interpretação conforme*, o que possibilitará – sem levantar polémicas – a desaplicação da Diretiva mães-afiliadas pelos Estados, através de um ato próprio, da iniciativa desse mesmo Estado, e por aplicação direta da norma anti-abuso europeia.

4. É a Nova Norma Geral Anti-abuso do Direito da UE Inovadora?

4.1. Objetivo da Norma Geral

Como se observou, a alteração feita no artigo 1.º, número 2 da Diretiva mães-afiliadas prende-se com o objetivo de reduzir ou de eliminar a dupla não tributação dos dividendos distribuídos por uma sociedade afiliada à sua sociedade mãe residente num outro Estado-membro da União. A tributação direta está longe de ser totalmente harmonizada e nem representa, por agora, um objetivo da União. Antes, visa-se estimular a coordenação das legislações nacionais apenas na medida em que seja necessário para proporcionar o bom funcionamento do mercado interno²⁹⁰. Entre outros, a falta de harmonização ou de coordenação levanta riscos de dupla tributação das atividades económicas transfronteiriças.

O objetivo imediato da UE prende-se, sim, com a eliminação da dupla tributação internacional (jurídica e/ou económica), a ser materializado na aprovação de uma norma geral expressa no TFUE ou no Tratado da União Europeia. Dado este objetivo do mercado interno, os Estados-membros devem garantir que o seu sistema fiscal não potencia a dupla tributação²⁹¹. De acordo com o artigo 115.º do TFUE, as diretivas que são produto da Comissão representam o principal meio disponível para o propósito da eliminação da dupla tributação internacional. Da mesma forma, a Diretiva mães-afiliadas expressou no seu preâmbulo o objetivo de isentar de retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades

²⁹⁰ No sentido do artigo 5.º do Tratado da União Europeia e dos artigos 3.º- 6.º do TFUE.

²⁹¹ Neste sentido, consulte-se o acórdão *N*, Processo C-470/04, parágrafo n.º 49.

afiliadas às respetivas sociedades mãe, bem como suprimir a dupla tributação de tais rendimentos ao nível da sociedade mãe. Estas soluções encontradas e expressas na Diretiva devem ser respeitadas no direito nacional e nos tratados fiscais concluídos pelos Estados.

4.2. A Recente Cláusula Anti-abuso no Direito da UE de Hoje

A introdução da cláusula geral anti-abuso, em dezembro de 2014, teve um grande impacto nos contornos tradicionais dos objetivos plasmados no texto da Diretiva mães-afiliadas, que se reconduz, hoje, não apenas ao padrão da eliminação da dupla tributação, mas também ao ideal da eliminação da dupla não tributação, considerando os dois fenómenos como desvantajosos para o bom funcionamento do mercado interno.

A transposição interna da cláusula geral anti-abuso fará com que a empresa subsidiária residente na UE sofra uma retenção na fonte sobre os dividendos que distribui à sua empresa mãe, “holding”, a ser “aliviada”, provavelmente, mediante um acordo de dupla tributação entre o Estado de origem e o Estado de residência da empresa “holding”. A dúvida que fica é a de saber se o resultado é diferente consoante o acionista seja residente ou não num Estado-membro da UE.

A recente norma geral anti-abuso aposta na falta de atividade ou de substância económica da transação como pressuposto da sua aplicação. Mas o que significa realmente essa falta de atividade substancial? O que será um nível adequado de substância ou de atividade? Estas questões implicam apreciação por parte da OCDE e da UE de critérios subjetivos, o que permanece um aspeto controverso²⁹². À primeira vista, uma interpretação literal da norma geral anti-abuso parece indicar que o elemento chave da sua aplicação reside na análise da substância do negócio ou da transação em si. Mas não só. A

²⁹² António Carlos dos Santos – *What is substantial economic activity for tax purposes in the context of the European Union and the OECD initiatives against harmful tax competition?* EC Tax Review, Volume 24, Issue 3, Kluwer Law International, 2015, p. 169.

norma foca-se também nas circunstâncias em que as empresas envolvidas foram criadas e na forma que as mesmas adotaram.

A este propósito, o direito da UE considera que uma empresa puramente “holding” é uma organização sem plano, constituída normalmente como centro (facilmente deslocável) de um determinado grupo económico internacional. Todavia, viu-se neste estudo que o *simples* termo “empresa holding” não equivale ao abuso, sendo que uma sociedade desta natureza pode ter por base uma razão económica genuína, enquanto outras poderão ser utilizadas apenas por motivos fiscais.

Alguns dos termos utilizados na cláusula geral e explicados no Ponto 6 do Capítulo Quarto não são totalmente novos no direito da UE. Não obstante, a *nova* norma representa uma inovação pelas razões a seguir explicadas.

A cláusula aposta na ausência de uma razão económica genuína enquanto “ponto chave” para a sua aplicação. Este critério é utilizado com frequência pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE enquanto requisito para a identificação de paraísos fiscais e de regimes preferenciais²⁹³. Uma atividade (ou presença) económica substancial implica o desempenho de uma atividade ou ação por uma empresa, de forma a melhorar a sua produtividade, a distribuição e o consumo de bens e serviços, mesmo que delas não resultem lucros. Neste sentido, a OCDE equipara a falta de razões económica válidas a transações “taxdriven”, ou seja, sem contribuição significativa para o ordenamento jurídico em causa²⁹⁴.

A doutrina associa a figura “tax avoidance” ao abuso de direitos e, respetivamente, aos expedientes totalmente artificiais, construindo o antónimo através do termo “razões económicas válidas” do esquema. Consequentemente, o abuso fiscal está presente nas situações em que um

²⁹³ OECD (1998), Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>

²⁹⁴ De sublinhar que, relativamente à qualificação como “paraísos fiscais”, o critério da atividade económica substancial foi eliminado da prática internacional [EUA] em 2001, tendo sido substituído pelo compromisso de troca de informações, como critério essencial.

esquema seja totalmente artificial, pelo que, se a transação tiver alguma substância económica na sua base (ou seja, atividade económica genuína), não será considerada totalmente artificial.

Na opinião da Autora, os termos supramencionados não se confundem pelas razões abaixo apontadas.

Por um lado, a noção “expedientes totalmente artificiais” é determinada de acordo com a presença física, cuja falta leva à presunção de um estabelecimento ficcionado, sem atividade económica no território do Estado de acolhimento. O termo supramencionado é interpretado no contexto da jurisprudência Cadbury Schweppes, o que traz à colação o teste de artificialidade no seu conjunto. Neste âmbito, o teste de “expedientes totalmente artificiais” traz consigo o trauma da prova por parte das administrações fiscais internas, não apenas da razão fiscal predominante do ato ou do negócio praticado pelo contribuinte, mas também da natureza artificial (ou “taxdriven”) do ato ou do negócio adotado (o teste de artificialidade).

Pelo contrário, o termo “razões económicas válidas” utilizado na Diretiva mães-afiliadas precisa de ser lido e interpretado no próprio contexto da Diretiva, pelo que dessa leitura resulta que a natureza artificial (ou não genuína) do ato ou do negócio jurídico é presumida na medida em que as autoridades nacionais demonstrem que os mesmos não foram realizados por razões económicas válidas.

Curiosamente, a transposição da Diretiva por parte de Portugal, através da Lei n.º 5/2016, não coincide integralmente com as versões portuguesa e inglesa da redação original da Diretiva 2015/121 na medida em que, enquanto as duas versões da Diretiva mencionam “(...) uma montagem ou série de montagens não é genuína na medida em que não seja posta em prática por razões económicas válidas que reflitam a realidade económica.”²⁹⁵ (sublinhado

²⁹⁵ De notar que a tradução portuguesa da Diretiva é fidedigna e bastante literal em relação à versão original, em língua inglesa.

nosso), a Lei n.º 5/2016 modificou a redação, lendo-se “(...) uma construção ou série de construções não é genuína na medida em que não seja realizada por razões económicas válidas e não reflita substância económica.” (sublinhado nosso).

Resulta do exposto que, enquanto a versão original da Diretiva pretendeu eliminar o teste de artificialidade do esquema, no sentido em que este seria consumido pelo elemento subjetivo da norma (i.e., as razões objetivas que levaram o contribuinte à prática do ato), o legislador português decidiu, injustificadamente, colocar o enfoque da substância económica na própria construção realizada, criando uma rutura com o elemento subjetivo, tornando o teste de artificialidade mais presente do que o efetivamente pretendido pelo legislador europeu.

Na opinião da Autora, as duas normas setoriais portuguesas devem ser lidas no sentido em que o teste de artificialidade perdeu o seu enfoque, solicitando-se às administrações tributárias uma prova de que o predominante motivo da construção tenha sido o de obter a vantagem fiscal. Nestes termos, a Autora entende que, no âmbito da norma geral anti-abuso aprovada na Diretiva mães-afiliadas e no direito da UE em geral, o termo “razões económicas válidas” não se reconduz ao termo expedientes totalmente artificiais ou “artificial arrangements”. Por outras palavras, com a nova terminologia a aplicação pelas autoridades nacionais da cláusula anti-abuso prescinde da necessidade de demonstração da artificialidade, tal como introduzida e delimitada pelo Tribunal de Justiça na doutrina Cadbury Schweppes, presumindo-se a falta da realidade económica do esquema uma vez ultrapassado o elemento subjetivo.

A título de exemplo, não obstante a norma geral anti-abuso portuguesa prevista no artigo 38.º, número 2 da LGT não conter uma presunção de abuso, cabe à administração fiscal demonstrar que a vantagem fiscal foi uma das finalidades do negócio nos termos do artigo 63.º do Código de procedimento e do processo tributário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/99 de 26 de outubro.

Esta interpretação isenta as autoridades tributárias dos Estados-membros do cumprimento dos critérios impostos pelo TJUE na doutrina Cadbury Schweppes, que tornam de difícil demonstração a artificialidade do ato, cuja densificação é *quasi-bloqueada* pelos conceitos indeterminados adotados.

CONCLUSÕES

1. Os últimos anos foram marcados pela tensão instalada entre a necessidade dos Estados em aumentar a sua receita fiscal e os direitos e interesses dos contribuintes em proteger a sua propriedade privada.

No mesmo sentido, os comportamentos de manipulação dos pressupostos normativos, manifestados através do uso de esquemas complexos, artificiais, que têm o efeito de realocar a sua base fiscal noutras jurisdições dentro ou fora da UE, conduzem a novas discussões jurídicas sobre os limites planeamento fiscal. Através destes comportamentos, os contribuintes tiram vantagens de incompatibilidades entre as legislações nacionais para assegurar que certo rendimento permanece não tributado.

Nos últimos anos o abuso ganhou uma nova dimensão, falando-se agora do fenómeno da “dupla não tributação” que priva os Estados-membros de receita fiscal e que promove uma concorrência injusta no Mercado Único. O planeamento fiscal agressivo, na sua vertente de dupla não tributação, prejudica a política fiscal, afeta a receita tributária, prejudica a concorrência e “mancha” a transparência fiscal e tornou-se, por isso, uma prioridade na política internacional.

2. Da perspetiva da OCDE, a dupla não tributação resultante de transações internacionais que conduza à erosão da base tributável não é desejada por nenhum Estado contratante e é contrária aos objetivos da política interna e aos padrões internacionais. Igualmente, a Comissão entende que tais transações são prejudiciais para as receitas fiscais internas de cada Estado-membro e para o funcionamento do mercado interno.

A União Europeia e a OCDE propuseram várias medidas que têm como objetivo primordial a proteção da receita fiscal dos Estados contratantes, de forma a pôr fim à erosão da base tributável e à transferência artificial de lucros para outras jurisdições que contornam o pagamento de impostos. Desde a publicação da Comunicação COM(2012) 722 da Comissão e do Relatório BEPS, os Estados-

membros da UE e os Estados contratantes da OCDE deparam-se com a necessidade de fortalecimento das suas normas gerais e específicas anti-abuso, em cumprimento simultâneo dos mandamentos europeus e internacionais.

Adicionalmente, a Comissão identificou, na sua Comunicação, a revisão das normas anti-abuso das diretivas de tributação direta da UE (Diretiva juros e royalties, Diretiva fusões, cisões e Diretiva mães-afiliadas), com vista à implementação dos princípios presentes nas suas Recomendações sobre o planeamento fiscal agressivo. Do mesmo modo, a União Europeia e a OCDE encorajam os Estados a incluir cláusulas anti-abuso nas CDT celebradas com outros Estados-membros ou com países terceiros, para dar resposta aos problemas de dupla não tributação.

3. Similarmente ao sentido da Ação 2 do BEPS, foram averiguadas várias situações de abuso da Diretiva mães-afiliadas por parte de empresas, possibilitando evitar o pagamento integral de impostos em qualquer Estado-membro envolvido. Na sua proposta de alteração à Diretiva, de 25 de novembro de 2013, a Comissão teve em mira as situações de dupla não tributação resultantes de incoerências no tratamento fiscal da distribuição de lucros entre Estados-membros e propôs a adoção de duas normas anti-abuso que neguem os benefícios da Diretiva aos “abusadores”. A proposta da Comissão foi dividida em duas partes, uma relativa à luta contra os esquemas fiscais resultantes de empréstimo híbrido e outra respeitante à aprovação de uma nova cláusula geral anti-abuso.
4. Como primeira medida de concretização da Comunicação da Comissão, em 8 de julho de 2014 foi aprovada, através da Diretiva 2014/86/UE, uma norma anti-abuso de luta contra os empréstimos híbridos no espaço europeu, que impõe um dever de abstenção de tributação aos Estados quanto aos lucros recebidos pela empresa mãe, apenas na medida em que estes não forem deduzidos pela empresa subsidiária. Desta forma, a UE tomou uma medida concreta a fim de evitar situações de dupla não tributação decorrentes de assimetrias entre Estados-membros no tratamento fiscal da distribuição de lucros.

Através da Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro, o Código do IRC português foi alterado, transpondo, no seu artigo 51.º, número 10, a Diretiva 2014/86/UE e adequando o regime especial de tributação de grupos de sociedades à jurisprudência do TJUE.

5. No mesmo sentido, a Diretiva 2015/121 trouxe uma nova cláusula geral anti-abuso ao direito da UE, que minimiza a autossuficiência do princípio geral de abuso de direitos enquanto ferramenta eficaz de luta contra o fenómeno da dupla não tributação dos lucros. Pela primeira vez, impôs-se a obrigação dos Estados transporem uma norma geral anti-abuso de direito europeu.

A cumplicidade na forma como o legislador europeu decidiu lutar, em geral, contra os comportamentos abusivos nas três diretivas de tributação direta manifestou-se na elaboração da *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE. As cláusulas gerais anti-abuso, não obstante terem larga consagração legislativa, europeia e internacional, enfrentam várias dificuldades interpretativas, o que as torna de escassa aplicação prática e o que se verificou, até à data, tanto no direito europeu como nos ordenamentos jurídicos internos.

6. No ato de implementação por parte dos Estados-membros da recente norma geral anti-abuso, importa não olvidar que o direito da UE censura as normas anti-abuso, como qualquer outra restrição às liberdades fundamentais, que não sejam aplicadas de acordo com o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, as medidas tomadas pelos Estados devem ser adequadas para combater o abuso identificado e não devem ser mais restritivas do que o necessário para atingir esse objetivo.

Com base na cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, os Estados-membros podem estabelecer, desde que o respetivo ordenamento jurídico em causa assim o permita, uma presunção (elidível) de abuso para os casos em que uma operação não tenha sido implementada por razões económicas válidas. Todavia, para a determinação do objetivo da transação, as autoridades nacionais competentes não podem aplicar critérios gerais predeterminados, mas submeter cada caso individual a uma análise geral.

Adicionalmente às duas medidas supramencionadas, na sua Recomendação sobre o planeamento fiscal agressivo, a Comissão apoiou a implementação de uma cláusula geral anti-abuso no ordenamento jurídico de cada um dos 28 Estados-membros. Estas normas anti-abuso seriam destinadas a eliminar comportamentos que, não obstante estarem de acordo com a letra da lei fiscal, contrariam o seu espírito e fim com o objetivo de proporcionar vantagens fiscais indevidas.

7. Até à data, o acórdão Cadbury Schweppes do TJUE era a pedra angular no que respeita a análise de medidas restritivas aplicadas por Estados-membros (i.e., normas anti-abuso), visto ter-se tornado um padrão geral de apreciação (para além do escopo das normas CFC). Desta forma, para que uma restrição à liberdade de estabelecimento possa ser justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objetivo específico de tal norma interna que represente uma restrição devia ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objetivo de eludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território nacional.

A *nova* cláusula geral anti-abuso do direito da UE ultrapassa a dificuldade de resposta ao abuso através dos valores subjacentes à doutrina Cadbury Schweppes, onde o critério fixado pelo Tribunal de Justiça para identificar os esquemas abusivos é muito complexo, assentando num teste subjetivo (que consiste na intenção em obter uma vantagem fiscal), num teste objetivo (que implica a não concretização do fim da liberdade fundamental) e num teste de artificialidade, que consiste na demonstração de que o ato jurídico (i.e., o estabelecimento dotado de uma atividade económica genuína no Estado-membro de acolhimento) não reflete realidade económica.

A doutrina Cadbury Schweppes representou, de facto, uma esperança e um passo em frente na luta contra o abuso na distribuição de dividendos transfronteiriços no seio de um grupo de empresas, ao mesmo tempo que acentuou a impotência dos Estados e, designadamente, das suas autoridades fiscais, em aplicarem, de forma eficaz e eficiente, essa jurisprudência.

8. A recente cláusula geral anti-abuso visa responder a esta falha, tendo sido construída como *minimis rule*, de forma a permitir aos Estados a adoção de normas anti-abuso mais rigorosas ou normas específicas anti-abuso domésticas ou normas de acordos de dupla não tributação para combater os comportamentos abusivos que respeitam à distribuição de lucros, sob forma de dividendos, entre empresas afiliadas e empresas mãe.

A cláusula geral anti-abuso não é, na verdade, uma “pura” cláusula geral anti-abuso, mas sim uma cláusula setorial, tendo as características [comuns] de uma cláusula geral anti-abuso, mas estando, de facto, relacionada com um género específico de transações e estruturas. A aprovação da recente cláusula geral anti-abuso implica a adoção de medidas [legislativas] unilaterais em cada um dos Estados-membros, bem como a revisão de acordos bilaterais entre os Estados, que poderá conduzir à adoção de cláusulas semelhantes para travar a dupla não tributação nas CDT.

A cláusula geral anti-abuso da Diretiva deverá ser aplicada a situações em que o esquema seja, na sua totalidade, não genuíno, mas também a casos em que apenas uma parte (ou algumas partes) do esquema seja não genuíno. Nesta última hipótese, a aplicação da norma não poderá prejudicar as restantes partes genuínas do ato ou do esquema. Consequentemente, a aplicação da nova cláusula anti-abuso do direito da UE, não dependerá da total artificialidade da construção e respeita o princípio da proporcionalidade, por permitir a negação dos benefícios da Diretiva mães-afiliadas relativamente [apenas] a algumas parcelas de um esquema que não sejam genuínas.

9. A cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas é composta por um teste subjetivo (que avalia se o esquema é adotado com o principal ou um dos principais objetivos de obter uma vantagem fiscal da Diretiva mães-afiliadas) e por um teste objetivo (de verificação da falta de realidade económica do esquema fiscal adotado), que se mitigam num só elemento “chave”.

Para que uma transação esteja coberta pelo âmbito de aplicação da cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, o direito da UE exige que seja qualificada como não genuína, conceito este não muito vulgar nas decisões do TJUE (ou do legislador europeu) no contexto das medidas de luta contra o abuso, onde predomina a “artificialidade” das transações. Presume-se como sendo não genuíno um esquema que não tenha sido adotado por razões económicas válidas que reflitam realidade económica. Neste sentido, o significado a atribuir ao termo “razões comerciais válidas que reflitam realidade económica” deve ser inspirado no texto da Diretiva fusões, cisões, e entendido como um forte indício de abuso ou como presunção de abuso, ponderada, naturalmente, com o fim predominante da transação, que será o teste decisivo.

10. A menção ao “principal ou um dos principais objetivos” que aparenta constituir um alargamento em relação à noção clássica de abuso de direito, dirigida a transações adotadas com (um) principal fim de evitar a tributação, e que não tenham substância económica deve ser interpretado no sentido em que o ideal de obtenção de uma vantagem fiscal da Diretiva mães-afiliadas constitui o predominante objetivo do sujeito passivo para que a cláusula anti-abuso seja aplicável. Por isso, não é de aceitar a negação ao contribuinte dos benefícios da Diretiva “simplesmente” porque um dos principais objetivos da transação foi a obtenção dessas vantagens.
11. No que respeita ao âmbito geográfico da norma geral da Diretiva mães-afiliadas, e sabendo que não existe nenhuma cláusula de salvaguarda que exclua do seu âmbito as situações de transferência para o estrangeiro de lucros que resultem de investimentos feitos num Estado não membro da UE por pessoas residentes na União, não há que excluir a sua possível aplicação às relações entre Estados-membros da UE e Estados terceiros.

Acredita-se que a norma geral anti-abuso, por preencher as lacunas resultantes do desalinhamento das normas internas de luta contra as práticas abusivas proporcionará um nível comum de proteção da Diretiva contra os abusos. A razão de ser do carácter obrigatório da norma para os Estados consiste em garantir que todos combatem o abuso sob as mesmas condições, de forma a assegurar a

uniformidade e harmonia no direito da UE. Esta abordagem reforça a certeza jurídica dos contribuintes, reduzindo a margem de apreciação das autoridades tributárias, para além de reforçar as ações coordenadas dos Estados-membros na luta contra o fenómeno de “directive shopping” e garantir a sua conformidade com as liberdades fundamentais.

12. O regime português transpôs por completo as alterações à Diretiva mães-afiliadas, prevendo uma *linking rule* de luta contra os esquemas híbridos e duas normas setoriais anti-abuso no que respeita à tributação dos dividendos *inbound* e *outbound* (com vigência a partir do dia 5 de março de 2016), estabelecendo o ónus de prova dos elementos constitutivos desta última a favor da autoridade tributária.

A sua transposição para o ordenamento jurídico português revelou-se oportuna, atento os objetivos inerente à norma europeia, de proteção da receita fiscal dos Estados e de contribuição para a sua efetiva e célere aplicação, contribuindo, agora diretamente, para a “liberação” parcial da oneração excessiva que incide sobre a autoridade tributária portuguesa no que respeita à demonstração dos quatro elementos que compõem a norma geral anti-abuso portuguesa.

O Código do IRC português não estendeu a cláusula geral anti-abuso a distribuições de lucros que não façam parte do escopo da Diretiva, escolha esta justificada visto que a Diretiva não afeta a aplicação de normas internas ou de acordos fiscais destinadas a eliminar a evasão, a fraude ou o abuso fiscal.

13. No que respeita aos restantes Estados-membros da UE, a transposição interna da cláusula geral anti-abuso fará com que a empresa subsidiária residente na UE sofra uma retenção na fonte sobre os dividendos que distribui à sua empresa mãe, “holding”, a ser “aliviada”, provavelmente, mediante um acordo de dupla tributação entre o Estado de origem e o Estado de residência da empresa “holding”.

Através da transposição da recente cláusula geral anti-abuso da Diretiva mães-afiliadas, de carácter obrigatório, os Estados-membros poderão recusar a aplicação

da Diretiva com base nas suas próprias normas internas, ultrapassando as dificuldades resultantes da jurisprudência Cadbury Schweppes.

A norma geral terá um grande impacto nas situações em que o Estado-membro em causa não possua, de todo, uma cláusula geral anti-abuso ou em que a legislação nacional não requeira um teste de substância económica do ato ou da transação e nem imponha um teste de racionalidade económica da transação que condicione a aplicação efetiva da norma anti-abuso.

No âmbito da norma geral anti-abuso aprovada na Diretiva mães-afiliadas e no direito da UE em geral, o termo “razões económicas válidas” não se reconduz ao termo “expedientes totalmente artificiais”, pelo que, devido à nova terminologia utilizada, a aplicação pelas autoridades nacionais da cláusula anti-abuso prescinde da necessidade de demonstração da artificialidade, tal como introduzida e delimitada pelo Tribunal de Justiça na doutrina Cadbury Schweppes.

14. A OCDE e o G20 estão a desenvolver o Projeto BEPS, apoiado também pela UE, cujos planos de ação envolvem uma resposta adequada aos atos/negócios prejudiciais, bem como a adoção de um “principal purpose test”, concebido como ferramenta essencial contra o abuso fiscal. Em simultâneo, esta luta é acompanhada no âmbito da UE, sendo que a revisão da Diretiva mães-afiliadas representou um contributo importante para o problema BEPS, constituindo uma boa prática na luta contra a erosão da base fiscal e contra a transferência de lucros.

BIBLIOGRAFIA

Alberto Xavier – *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra, 1972

Ana Paula Dourado – *A single principle of abuse in EU Law: A methodological approach to rejecting a different concept of abuse in personal taxation*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), *Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law?* Hart Publishing, 2011

Ana Paula Dourado – *Aggressive tax planning in EU law and in the light of BEPS: The EC Recommendation on aggressive tax planning and BEPS Actions 2 and 6*, Intertax, Volume 43, Issue 1, Kluwer Law International, January 2015

Ana Paula Dourado – *Direito Fiscal – Lições*, Almedina, 2016, reimpressão da edição de 2015

Ana Paula Dourado – *Lições de direito fiscal europeu: Tributação direta*, Coimbra, 1^a Edição, 2010

Ana Paula Dourado – *O princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2014, reimpressão da edição de 2007

Ana Paula Dourado – *Princípios de direito tributário internacional*, 1998

Ana Paula Dourado – *Tax mobility in the European Union: Present and future trends*, in Ana Paula Dourado (coord.), *Movement of persons and tax mobility in the EU: Changing winds*, IBFD, 2014

Anna Scapa, Lars A. Henie – *Avoidance of double non-taxation under the OECD Model Tax Convention*, Intertax, Volume 33, Issue 6/7, Kluwer Law International, 2005

António Carlos dos Santos – *What is substantial economic activity for tax purposes in the context of the European Union and the OECD initiatives against harmful tax competition?* EC Tax Review, Volume 24, Issue 3, Kluwer Law International, 2015

Arthur Pleijsier – *The agency permanent establishment in BEPS Action 7: Treaty abuse or business abuse?* Intertax, Volume 43, Issue 2, Kluwer Law International, 2015

Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel – *European tax law*, Abridged Student Edition, Sixth Edition, Wolters Kluwer, 2012

Benjamin Michael Willis – *A principal purpose: There can be only one*, Tax Notes, 10 June, 2013

Bob van der Made – *EU: Hybrid loan arrangements: EU agrees to amend the Parent-subsidiary Directive*, International Tax Review, 01 July, 2014

Bob van der Made – *EU: Political agreement on new EU rules on PPLs/hybrid loans*, International Tax Review, 30 April, 2014

Bob van der Made – *EU: Update on PPLs/hybrid loans in the European Union*, International Tax Review, 27 May, 2014

Bob van der Made, Sjoerd Douma – *European Union: EU Commission proposes amendments to Parent-subsidiary Directive to tackle PPLs and introduce common GAAR*, International Tax Review, 1 December, 2013

Calum Dewar, Maarten Maaskant and Torsten Schmidt, Moritz Althaus, Christian Kuepker, Jens Hagemann – *EC amendments to Parent-Subsidiary Directive address hybrid loans, introduce common GAAR*, Journal of International Taxation, February, 2014

Carlos Loureiro, António Beja Neves – *Breve comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1, N.º 2, julho de 2008

Carlos Palao Taboada – *OECD base erosion and profit shifting Action 6: The general anti-abuse rule*, Bulletin for International Taxation, Volume 69, Issue 10, IBFD, 2015

Chris Atkinson – *General anti-avoidance rules: Exploring the balance between the taxpayer's need for certainty and the Government's need to prevent tax avoidance*, Journal of Australian Taxation, Volume 14, Issue 1, 2012

Christian Kahlenberg – *Prevention of double non-taxation: An analysis of cross-border financing from a German perspective*, Intertax, Volume 23, Issue 3, Kluwer Law International, 2015

Christoph Marchgraber – *Tackling deduction and non-inclusion schemes – The proposal of the European Commission*, European Taxation, Volume 54, Issue 4, IBFD, 2015

Clemens Fuest, Christoph Spengel, Katharina Finke, Jost H. Heckemeyer, Hannah Nusser – *Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinational firms: Issues and options for reform*, World Tax Journal, Volume 5, Issue 3, IBFD, 2013

Daniel N. Shaviro – *The Obama administration's tax reform proposals concerning controlled foreign corporations*, British Tax Review, Issue 4, Sweet & Maxwell, 2009

Dennis Weber – *Abuse of law in European tax law: An overview and some recent trends in the direct and indirect tax case law of the ECJ, Part 1*, European Taxation, Volume 53, Issue 6, 7 May, IBFD, 2013

Dr Gijs Fibbe – *Taxation of hybrid entities under the Parent-subsidiary Directive: The example of the Netherlands*, EC Tax Review, Volume 20, Issue 5, Kluwer Law International, 2011

Edoardo Traversa, Alice Pirlot – *Chapter 6: Tax sovereignty and territoriality under siege: How far should the EU freedoms of movement impact on the territorial allocation of taxing powers between member states?* in Cécile Brokelind (coord.), Principles of law: Function, status and impact in EU tax law, IBFD, 2014

Eric C.C.M. Kemmeren – *Where is EU law in the OECD BEPS discussion?* EC Tax Review, Volume 23, Issue 4, Kluwer Law International, 2014

Eva Escribano López – *An opportunistic, and yet appropriate, revision of the source threshold for the twenty-first century tax treaties*, Intertax, Volume 43, Issue 1, Kluwer Law International, 2015

Evgenia Kokolia and Evgenia Chatziioakeimidou – *BEPS impact on EU law: Hybrid payments and abusive tax behavior*, European Taxation, Volume 55, Issue 4, IBFD, 2015

Fernando Araújo – *Introdução à economia*, Coimbra, 2014, reimpressão da 3ª edição (de 2005)

Filip Debelva, Dina Scornos, Jan Van den Berghen, Pieter Van Braban – *LOB clauses and EU-law compatibility: A debate revived by BEPS?* EC Tax Review, Volume 24, Issue 3, Kluwer Law International, 2015

Filip Debelva, Joris Luts – *The general anti-abuse rule of the Parent-subsidiary Directive*, European Taxation, Volume 55, Issue 6, IBFD, June 2015

Frans Vanistendael – *Cadbury Schweppes and abuse from an EU tax law perspective*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law? Hart Publishing, 2011

Frans Vanistendael – *In defense of the European Court of Justice*, Bulletin of International Taxation, Volume 62, Issue 3, IBFD, 2008

Georg Kofler – *Chapter 12: Direct applicability and direct effect*, in Cécile Brokelind (coord.), Principles of law: Function, status and impact in EU tax law, IBFD, 2014

Gustavo Lopes Courinha – *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário: Contributos para a sua compreensão*, Almedina, 2009, reimpressão da edição de 2004

Gustavo Lopes Courinha – *BEPS e o sistema fiscal português. Uma primeira incursão*, Cadernos de Justiça Tributária, N.º 4, abril/junho, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2014

Hans Gribnau - *Improving the legitimacy of soft law in EU tax law*, Intertax, Volumere 35, Issue 1, Kluwer Law International, 2007

Hans van den Hurk – *Proposed amended Parent-Subsidiary Directive reveals the European Commission's lack of vision*, Bulletin for International Taxation, Volume 68, Number 9, IBFD, 2014

Isabella de Groot – *Exemption method in the EU Parent-Subsidiary Directive amended in respect of hybrid instruments: What about the credit method?* EC Tax Review, Volume 24, Issue 3, Kluwer Law International, 2015

Joao Dacio Rolim – *Proportionality and fair taxation*, Intertax, Volume 43, Issue 5, Kluwer Law International, 2015

J.L. Saldanha Sanches – *Conceito de rendimento no IRS*, Fiscalidade, N.ºs 7,8, 2001

J.L. Saldanha Sanches – *Manual de direito fiscal*, Coimbra, 2007

J.L. Saldanha Sanches – *As duas Constituições – Nos dez anos da cláusula geral anti-abuso*, in J.L. Saldanha Sanches/Francisco Sousa da Câmara/João Taborda da Gama (coord.), Reestruturação de empresas e limites ao planeamento fiscal, Coimbra, 2009

J.L. Saldanha Sanches, João Taborda da Gama (colaboração) – *Justiça fiscal*, FFMS, 2010

José Casalta Nabais – *O dever fundamental de pagar imposto – Contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo*, Coimbra, 2015, 4ª reimpressão da edição de 1998

Judith Freedman - *Defining taxpayer responsibility: In support of a general anti-avoidance principle*, British Tax Review, N.º 4, Sweet & Maxwell, 2004

Judith Freedman – *Is tax avoidance “fair”?* in Chris Wales (coord.), Fair tax: Towards a modern tax system, The Smith Institute, 2008

Klaus Vogel – *Double taxation conventions: A commentary to the OECD, UN-and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital*, 3rd edition, Kluwer Law International, 1997

Luc de Broe – *International tax planning and prevention of abuse under domestic tax law, tax treaties and EC law*, IBFD, 2008

Luc de Broe, Joris Luts – *BEPS Action 6: Tax treaty abuse*, Intertax, Volume 43, Issue 2, Kluwer Law International, 2015

Mario Tenore, Georg Kofler – *Fundamental freedoms and directives in the area of direct taxation*, in Dennis Weber (coord.), *Traditional and alternative routes to European tax law integration*, Section 13.1, IBFD, 2010

Marjaana Helminen – *Chapter 17: The principle of elimination of double taxation under EU law –Does it exist?* in Cécile Brokelind (coord.), *Principles of law: Function, status and impact in EU tax law*, IBFD, 2014

Martin Poulsen – *Treaty/directive shopping and abuse of EU law*, Intertax, Volume 41, Issue 4, Kluwer Law International, 2013

Michael Lang – *The general anti-abuse rule of article 80 of the draft proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base*, European Taxation, Volume 51, Issue 6, IBFD, 2011

Michael Lang, Sabine Heidenbauer – *Wholly artificial arrangements*, in Luc Hinnekens, Philippe Hinnekens (coord.), *A vision of taxes within and outside european borders*, Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Kluwer Law International, 2008

Michael P. Devereux – *Taxation of outbound direct investment: Economic principles and tax policy considerations*, Working Paper Nr. 08/24, Centre for Business Taxation, Oxford University, 2008

Mirugia Richardson – *Fighting tax fraud and tax evasion in the EU: The 2012 Action Plan*, EC Tax Review, Volume 24, Issue 4, Kluwer Law International, 2015

Norbert Vis – *Introduction of substance requirements for Netherlands holding companies*, European Taxation, Volume 54, Issue 12, IBFD, 2014

Peter H. Blessing – *Domestic and treaty anti-abuse rules as applied to dividends in Guglielmo Maisto [coord.]*, *Taxation of intercompany dividends under tax treaties and EU law*, EC and International Tax Law Series - Volume 8, IBFD, 2012

Pascal Janssens, David Ledure, Bertrand Vandepitte, Jelle Loos – *The end of intra-group financing... or not just yet? – Part 1*, European Taxation, Volume 55, Issue 8, IBFD, 2015

Peter Kavelaars – *EU and OECD: Fighting against tax avoidance*, Intertax, Volume 41, Issue 10, Kluwer Law International, 2013

Philip Baker – *Tax avoidance, tax evasion & tax mitigation*

Phil Syrpis – *The relationship between primary and secondary law in the EU*, Common Market Law Review, Volume 52, Issue 2, Kluwer Law International, 2015

Rita Szudoczky – *The sources of EU law and their relationships: Lessons for the field of taxation*, Volume 32 in the Doctoral Series, Section 7.4.4.2, IBFD, 2014

Stefan Vogenauer – *The prohibition of abuse of Law: An emerging general principle of EU Law*, in Rita de la Feria, Stefan Vogenauer (coord.), Prohibition of abuse of law: A new general principle of EU law? Hart Publishing, 2011

Vítor Loureiro e Silva – *Assimetrias e disparidades - A utilização de entidades e instrumentos financeiros híbridos no planeamento fiscal internacional*, Cadernos de Justiça Tributária, N.º 7, janeiro/março, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2015

Yariv Brauner, Ana Paula Dourado, Edoardo Traversa – *Ten years of Marks & Spencer*, Intertax, Volume 43, Issue 4, Kluwer Law International, 2015

OUTROS DOCUMENTOS

2013/2060(INI), Committee on Economic and Monetary Affairs, Draft Report on the proposal for a Council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States

2013/2060(INI), European Parliament resolution of 21 May 2013 on Fight against Tax Fraud, Tax Evasion and Tax Havens

A7-0243/2014, European Parliament, Report on the proposal for a Council directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (COM(2013)0814 – C7-0464/2013 – 2013/0400(CNS)), 24 March 2014

Annual International Bar Association Conference 2015, Vienna, Austria - Recent developments in Sweden, May 2015

COM(2011) 121, European Commission, proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), 16 March 2011

COM(2011) 712, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Double Taxation in the Single Market, Brussels, 11 November 2011

COM(2011) 714, Proposal for a Council Directive on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, Brussels, 11 November 2011

COM(2012) 35, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on concrete ways to reinforce the fight against tax fraud and tax evasion including in relation to third countries, Brussels, 27 June 2012

COM(2012) 722, European Commission, Communication From the Commission to the European Parliament and the Council – An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, Brussels, 6 December 2012

COM(2013) 814, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, 25 November 2013

COM(2015) 302, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A fair and efficient corporate tax system in the European Union: 5 Key areas for action*, Brussels, 17 June 2015

C(2012) 8805, European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 Regarding Measures Intended to Encourage Third Countries to Apply Minimum Standards of Good Governance in Tax Matters, Brussels, 2012

C(2012) 8806, European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 on Aggressive Tax Planning, Brussels, 2012

Conclusões do Advogado Geral Jacobs de 2 de maio de 1996 ao acórdão do TJUE de 17 de outubro de 1996, *Denkavit*, Processo C-283/94

Conclusões do Advogado Geral Melchior Wathelet de 27 de janeiro de 2016 ao acórdão do TJUE, *Secil*, Processo C-464/14

Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro de 7 de abril de 2005 ao acórdão do TJUE de 21 de fevereiro de 2006, *Halifax*, Processo C-255/02

Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro de 7 de abril de 2005 ao acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 2005, *Marks & Spencer*, Processo C-446/03
Council of the European Union, Presse 68, 16603/14, Outcome of the Ecofin Meeting, 9 December 2014

Council of the European Union – Outcome of the Council Meeting, 3356th Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Brussels 9 December 2014

Council of the European Union - Press Release 3324th Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Luxembourg, 20 June 2014

Council of the European Union - Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, Brussels, 3 June 2014

Council of the European Union – Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, Brussels, 5 December 2014

Council Resolution on the measures to be taken by the Community in order to combat international tax evasion and avoidance, 10 February 1975

DG TAXUD.D1, Communication on Strengthening Good Governance in the Tax Area ("tax havens, uncooperative jurisdictions and aggressive tax planning") 10/2011

Decree of 18 December 2013, Stb. 569, 2013

EUCO 75/1/13, European Council, 22 May 2013 Conclusions, Brussels, 2013

EUCO 217/13, European Council, 20 December 2013 Conclusions, Brussels, 2013

FISC 92 ECOFIN 529, Council of the European Union, Interinstitutional File: 2013/0400 (CNS), Brussels, 3 June 2014

FISC 187 ECOFIN 968 CO EUR-PREP, Council of the European Union, ECOFIN Report to the European Council on Tax issues, 50, Brussels, 9 December 2015

G20 Leaders Declaration, Los Cabos Summit - June 18-19, 2012

OECD (1998), *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, OECD Publishing

OECD (2011), *Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*

OECD, (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*

OECD (2013), *Action Plan on base erosion and profit shifting*, OECD Publishing

OECD (2013), *Addressing base erosion and profit shifting*, OECD Publishing

OECD (2014), *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*

OCDE (2014), *Plano de Ação Para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros*, OECD Publishing

OECD (2014), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing

OECD (2015), *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*

P7_TA(2013)0205 Fight against tax fraud, tax evasion and tax havens, European Parliament resolution of 21 May 2013 on Fight against tax fraud, tax evasion and tax havens (2013/2060(INI))

Platform/005/2014/EN, European Commission, Directorate-General Taxation and Customs Union, Platform for Tax Good Governance, Discussion Paper on the Follow-Up of the Commission Recommendation Regarding Measures Intended to Encourage Third Countries to Apply Minimum Standards of Good Governance in Tax Matters, 22 January, 2014

PRESSE 352 PR CO 36, Council of the European Union, PRESS RELEASE, 3324th Council Meeting, Economic and Financial Affairs, Luxembourg, 20 June 2014, 11124/14

Regras de Legística a Observar na Elaboração de Atos Normativos da Assembleia da República

STATEMENT/15/3720, European Commission – Commissioner Moscovici Welcomes the Adoption of Measures Against Tax Evasion and Aggressive Tax Planning, Brussels, 27 January 2015

TAXUD D1 D(2012), European Commission, Staff Working Paper, The internal market: Factual Examples of Double Non-Taxation Cases, Consultation Document, Brussels

TAXUD D1 D(2012), European Commission, Summary Report of the Responses Received on the Public Consultation on Factual Examples and Possible Ways to Tackle Double Non-Taxation Cases

United States Model Income Tax Convention – Convention between the Government of the United States of America and the Government of ___ for the avoidance of double taxation and the prevention of tax evasion within respect to taxes on income

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE EM MATÉRIA DE TRIBUTAÇÃO DIRETA

28 de janeiro de 1986, Processo C-270/83, Avoir Fiscal

25 de julho de 1991, Processo C-221/89, Factortame II

17 de outubro de 1996, Processos apensos C-283/94, C-291/94 e C-292/94, Denkavit, VITIC, Voormeer

17 de julho de 1997, Processo C-28/95, Leur-Bloem

12 de maio de 1998, Processo C-336/96, Gilly

9 de março de 1999, Processo C-212/97, Centros

16 de outubro de 1999, Processo C-294/97, Eurowings

21 de setembro de 1999, Processo C-307/97, Saint Gobain

14 de dezembro de 2000, Processo nº C-110/99, Emsland-Stärke

18 de setembro de 2003, Processo C-168/01, Bosal Holding

30 de setembro de 2003, Processo C-167/01, Inspire Art

7 de setembro de 2004, Processo C-319/02, Manninen

13 de dezembro de 2005, Processo C-446/03, Marks & Spencer

21 de fevereiro de 2006, Processo C-255/02, Halifax

7 de setembro de 2006, Processo C-470/04, N

12 de setembro de 2006, Processo C-196/04, Cadbury Schweppes

3 de outubro de 2006, Processo C- 290/04, Scorpio

12 de dezembro de 2006, Processo C-446/04, Test Claimants Group Litigation

14 de dezembro de 2006, Processo C-170/05, Denkavit

13 de março de 2007, Processo C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation

5 de julho de 2007, Processo C 321/05, Kofoed

8 de novembro de 2007, Processo C-379/05, Amurta

21 de fevereiro de 2008, Processo C-425/06, Part Service

10 de novembro de 2011, Processo C 126/10, Foggia

13 de novembro de 2012, Processo C-35/11, Test Claimants in the FII Group Litigation

3 de outubro de 2013, Processo C-282/12, Itelcar

10 de abril de 2014, Processo C 190/12, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company

JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAIS PORTUGUESES

15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 04255/10, Tribunal Central Administrativo Sul, Relator José Correia

7 de outubro de 2015, Processo n.º 0768/13, Supremo Tribunal Administrativo, Relator Pedro Delgado